



Le Règlement SE, un outil européen au confluent des intérêts nationaux et du droit de l'Union européenne

Katia Bouchoul

► To cite this version:

Katia Bouchoul. Le Règlement SE, un outil européen au confluent des intérêts nationaux et du droit de l'Union européenne. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2015. Français. NNT : 2015NICE0051 . tel-01310152

HAL Id: tel-01310152

<https://theses.hal.science/tel-01310152>

Submitted on 2 May 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS
FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES
ECOLE DOCTORALE 513 Droit Et Sciences Politiques, Economiques et de Gestion
GREDEG

**Le Règlement SE, un outil européen au confluent des intérêts
nationaux et du droit de l'Union européenne**

Thèse présentée et soutenue publiquement par **Katia BOUCHOUL**, pour l'obtention du :
DOCTORAT EN DROIT

COMPOSITION DU JURY :

Monsieur BORGA Nicolas (Rapporteur. Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3)
Madame GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine (Rapporteur. Professeur à l'Université Bretagne occidentale)
Madame PARACHKEVOVA Irina (Professeur à l'Université Nice Sophia-Antipolis)
Monsieur SIIRIAINEN Fabrice (Directeur de recherches. Professeur à l'Université Nice Sophia-Antipolis)

14 décembre 2015

**UNIVERSITE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS
FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES
ECOLE DOCTORALE 513 Droit Et Sciences Politiques, Economiques et de Gestion
GREDEG**

Le Règlement SE, un outil européen au confluent des intérêts nationaux et du droit de l'Union européenne

Thèse présentée et soutenue publiquement par **Katia BOUCHOUL**, pour l'obtention du :
DOCTORAT EN DROIT

COMPOSITION DU JURY :

Monsieur BORGHA Nicolas (Rapporteur. Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3)

Madame GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine (Rapporteur. Professeur à l'Université Bretagne occidentale)

Madame PARACHKEVOVA Irina (Professeur à l'Université Nice Sophia-Antipolis)

Monsieur SIIRIAINEN Fabrice (Directeur de recherches. Professeur à l'Université Nice Sophia-Antipolis)

14 décembre 2015

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES
Avenue Doyen Louis TROTABAS, 06050, NICE, Cedex 1

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1 : La mise en place d'un outil européen de restructuration des entreprises conciliant le droit européen et les droits nationaux

TITRE 1 : Un outil novateur au service de la mobilité et de la concentration des entreprises

TITRE 2 : Les limites mises en place par le Règlement SE

PARTIE 2 : La conciliation entre un rattachement européen de la SE et un fonctionnement renvoyé au droit national

TITRE 1 : Les rattachements et renvois du Règlement SE

TITRE 2 : Les spécificités de la SE immatriculée en France

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

al.	Alinéa
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation
<i>Bull. Joly soc.</i>	Bulletin Joly sociétés
CA	Cour d'appel
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CE	Conseil d'Etat
cf.	confrontez
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (devenue CJUE depuis le 1 ^{er} décembre 2009)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (ex-CJCE)
Concl.	conclusions
dir.	Sous la direction de
Directive	Directive n° 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre, complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs
Dr. soc.	Droit des sociétés
doctr.	doctrine
éd.	édition
Fasc.	fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>GEIE</i>	<i>Groupement européen d'intérêt économique</i>
<i>GIE</i>	
GSN	Groupe spécial de négociation
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
<i>JCP E</i>	<i>La semaine juridique (JurisClasseur périodique), édition entreprise</i>
<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique (JurisClasseur périodique), édition générale</i>
JO/JORF	Journal officiel
Jurispr.	jurisprudence
n°	Numéro
obs.	observation
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
OPA	Offre public d'achat
p.	page
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
Règlement SE	Règlement n° 2157/2001/CE du Conseil, du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne (SE)
<i>Rev. Crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. soc.</i>	<i>Revue société</i>
<i>Rev. Lamy droit des aff.</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>

<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
SA	Société anonyme
SARL	Société par action simplifiée
spéc.	spécialement
somm.	Sommaire
S.	Suivant(e)s
<i>supra</i>	Plus haut
UE	Union européenne
Vol.	volume

INTRODUCTION

1. Les opérateurs économiques souhaitent disposer de moyens juridiques de restructuration des entreprises permettant de réaliser des opérations de concentration¹. Ils souhaitent également pouvoir circuler librement dans l'espace européen. Le Règlement SE a pour vocation d'offrir aux entreprises², les moyens de concevoir et d'entreprendre la réorganisation de leurs activités à l'échelle européenne³.

2. Dès l'origine, la SE est conçue comme un instrument au service de la concentration des entreprises œuvrant à l'échelle européenne. Le projet de SE « plonge ses racines » sur le terrain de la concentration économique, la SE est conçue comme étant un instrument de la concentration économique par fusions ou par groupes⁴. Déjà dans le rapport Sanders de 1967, l'envie de favoriser la concentration d'entreprises européenne a été mise en avant puis reprise dans toutes les propositions de Règlement SE de la Commission européenne⁵.

3. A ses débuts la SE est pensée sans rattachement aux législations nationales. Cette absence de rattachement fait de la SE un instrument « particulièrement adapté aux impératifs du commerce européen »⁶. Cela vient du constat que le droit des sociétés des différents Etats membres est assez disparate. Aussi, un régime juridique unique simplifie et sécurise les relations entre les opérateurs économiques. Ce qui favorise le

¹ Ou de « dissociation » « permettant d'organiser de façon optimum des branches d'activité à l'aide d'éléments qui peuvent se situer dans plusieurs Etats membres », cf. J. BEGUIN, *La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières*, in *Mélanges Ch. Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 21, spéc. n°4.

² De nombreux rapports ont été rédigés afin de connaître les besoins des entreprises, et leurs opinions sur la SE. A titre d'exemple le rapport Lenoir, cf. N. LENOIR, *La Societas Europaea ou SE : pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, La documentation française, mars 2007, p. 171 s. ; *L'opinion des entreprises sur le projet de la société européenne (enquête)*, Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, série internationale 1975-3.

³ Considérant n° 1 du Règlement SE.

⁴ Cf. R. SINAY, « Le droit des groupes dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes », *Gaz. Pal.*, avril 1968, doct., p. 118 ; Y. LOUSSOUARN, « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1971, p. 383 s.

⁵ Sur les différents projets de Règlement SE, cf. n° 500 et s.

⁶ Y. LOUSSOUARN, « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *op. cit.*, p. 383 s.

« développement de l'économie européenne », celui du marché commun, ainsi que ceux des relations économiques et financières entre les entreprises⁷.

4. D'ailleurs, selon le Mémoire sur la concentration de 1965, la compétition mondiale suppose « l'accélération de l'évolution des structures économiques » et la réunion d'entreprises déjà existantes pouvant affronter les défis inhérents au marché commun. La croissance d'entreprise est trop lente pour faire face à une conjoncture où le marché commun peut être conquis par la pénétration d'entreprises d'envergure mondiale extérieures à l'espace européen⁸.

5. En leur permettant de regrouper des sociétés rattachées à des Etats membres différents, en les rendant mobile au sein de la Communauté, elles se dotent d'une envergure suffisante pour œuvrer à l'échelle européenne. Cette concentration peut être aussi bien juridique (lors de la création d'une SE par voie de fusion transfrontalière) qu'économique (lors de la création de SE par voie de holding ou de filiale)⁹. La concentration des entreprises, notamment par le biais de fusion transfrontalière, favorise « l'osmose qui est le but d'un Marché commun qui se veut Marché unique »¹⁰. Dans une moindre mesure, elle contribue à faciliter la naissance des groupes de sociétés en permettant à des entreprises de tisser des liens entre elles.

6. C'est pourquoi selon le Livre Blanc de 1988, l'achèvement du marché intérieur nécessite des structures spécifiques pour les entreprises. Ces structures doivent être fondées sur un droit indépendant des droits nationaux pour éviter le cloisonnement des marchés nationaux à l'intérieur de la Communauté. L'instrument approprié pour le réaliser, fondé sur le droit européen, est la « société anonyme européenne ».

7. La première proposition de Règlement SE date du 30 juin 1970. Elle reprend en substance les travaux élaborés par le groupe Sanders présentés au Conseil de l'Europe en

⁷ R. HOUIN, « Le régime juridique des sociétés dans la Communauté Economique Européenne », *RTDE*, 1965, p. 11 et s.

⁸ R. SINAY, « Le droit des groupes dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes », *Gaz. Pal.* 30 avril 1968, *doctr.*, p. 118 s.

⁹ L. BOY, *Droit économique, Volume 1 : cours*, Hermes, 2002, n° 165 s.

¹⁰ Y. LOUSSOUARN, « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *op.cit.*, p. 383 s.

1967¹¹. Ce groupe a été chargé en 1965 par la Commission européenne (suite à une initiative française) de présenter un projet de convention.

8. Mais l'idée de créer une société supranationale est beaucoup plus ancienne. En effet, un projet de « compagnie européenne » a été présenté en 1949 et en 1951 au Conseil de l'Europe, et l'idée a été reprise en 1959 au 57^e Congrès des notaires de France¹². Une société internationale facilitant la formation d'entreprises assurant le développement de l'industrie, avait déjà été envisagée par un juriconsulte italien Fedozzi en 1897¹³.

9. Finalement, la Commission préfère la voie du règlement à celle de la convention. Selon l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'UE, un règlement a une portée générale, il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.

10. Le premier projet de Règlement, a laissé place à un autre qui, lui, date du 30 avril 1975. Ils sont très inspirés du droit allemand de la SA car, ce dernier est très complet par rapport à celui des autres États membres. La complexité des questions à résoudre liée notamment à celle de la participation des salariés, a fait suspendre les travaux en 1982. Par ailleurs, il semblerait que la crise économique de l'époque ne soit pas non plus étrangère à la mise en sommeil de ce texte¹⁴.

11. Cependant, la réunion du Conseil européen en juin 1987 souligne la nécessité d'établir un statut de SE, après l'approbation en juin 1985 du Livre Blanc sur l'achèvement du marché intérieur par ce même Conseil. Selon le « Mémoire de la Commission au Parlement, au Conseil et aux partenaires sociaux » du 15 juillet 1988, « le divorce va croissant entre l'évidence économique des restructurations d'entreprises et l'indigence des moyens juridiques mis à leurs dispositions, notamment dès que l'opération implique des entreprises relevant de législations différentes » et « il est

¹¹ Commission des Communautés européennes, études sur un projet des sociétés anonymes européennes par P. SANDERS, série *Concurrence*, 1967.

¹² F. BLANQUET, « Présentation du règlement sur le statut de la société européenne, in *La société européenne*, supplément au numéro 87 du 18 septembre 2003, *Liaisons sociales Europe*, p.10, spéc. p.10.

¹³ F.-D. POITRINAL, « Heurs et malheurs de la société européenne », n° 524, février 1992, *Revue Banque*, p. 181 et s.

¹⁴ Ch. GAVALDA, « La société anonyme européenne, selon le projet de règlement du 28 août 1989 », *D.*, 1991, p. 23 et s.

paradoxal qu'il demeure juridiquement impossible de fusionner les entreprises d'Etats membres différents... »¹⁵.

12. Aussi, le 29 août 1989 un nouveau projet de règlement est présenté, accompagné d'une proposition de directive. Cette dernière porte sur le volet social de la SE, qui est donc désormais scindé du règlement. Cet aspect fait l'objet de nombreuses discussions et de tensions entre les Etats membres. L'emploi d'une directive¹⁶ permet de laisser plus de latitude aux Etats membres. Cependant, les textes n'aboutissent pas.

13. Suite aux avis du Parlement européen et du Comité économique et social, une nouvelle proposition a été publiée le 16 mai 1991. En outre, afin de débloquer la situation, la Commission fait reposer celle-ci sur l'article 100 A du Traité CE qui permet une adoption de la proposition de texte à la majorité qualifiée du Conseil.

14. De même, le rapport Davignon rendu en mai 1997 trouve une solution au volet social qui opposait jusqu'alors les Etats¹⁷. En décembre 2000 à Nice, les Etats membres donnent leurs accords. Les points de désaccord portant sur le volet social et sur le concept de participation des salariés en particulier, sont levés¹⁸.

15. Le 8 octobre 2001 le Règlement (CE) n° 2157/2001 « relatif au statut de la société européenne » et la directive n° 2001/86/CE « complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs », ont été adoptés. Afin de faciliter le processus de décision, ces textes reposent sur l'article 235 du Traité CE. En effet, cet article requiert l'unanimité des Etats membres mais il exclut le processus de codécision du Parlement européen¹⁹.

¹⁵ J.-P. BOUERE, « Réflexions sur le projet de Société européenne et les fusions intras (1^{re} partie) », *Les petites affiches*, 31 mai 1993, n° 65, p. 4 et s.

¹⁶ Selon l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'UE, la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

¹⁷ Sur le rapport Davignon, J. BEGUIN, « Quel avenir pour la société européenne ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 307 et s.

¹⁸ Pour un historique détaillé de la naissance du Règlement SE cf. , F. Blanquet, « Présentation du règlement sur le statut de la société européenne, *op. cit.*, p. 10 et s. ; M. MENJUCQ, « La société européenne », *Rev. soc.*, 2002, p. 225 et s.

¹⁹ En effet, selon l'article 235 du Traité CE (actuel 308) le Parlement est consulté et doit donner son avis mais ne dispose que du droit de proposer des amendements dont l'opportunité est appréciée par la Commission européenne, M. MENJUCQ, *ibid.*, p. 225 et s.

16. Les échecs successifs des différents projets de Règlement SE, et l'évolution du texte lui-même, montrent *a priori* que les Etats membres font (encore) primer leurs intérêts sur ceux de l'Europe²⁰. En effet, le Règlement SE est le résultat d'années de discussions, de négociations et de compromis entre les Etats membres. Ces derniers souhaitent, à l'instar de ce Règlement, préserver leurs particularismes et leurs traditions juridiques.

17. Ce mélange de règles matérielles et de renvois vers les droits nationaux²¹, est employé à plusieurs reprises dans d'autres structures européennes, comme la société coopérative²², ou encore la société mutuelle. De même, la méthode employée pour la constitution d'une SE par voie de fusion, est utilisée dans la directive sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux²³.

18. Un projet de convention sur la fusion transfrontalière, a été présenté en 1973. Puis le choix de la Directive a été préféré à celui de la convention. Un projet de directive a été présenté en décembre 1984, mais il n'a pas abouti en raison notamment de la question de la participation des travailleurs. L'adoption du Règlement SE a relancé les travaux du projet de directive. Ce dernier s'appuie sur ceux élaborés pour la constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière et le principe « avant-après » inséré dans la Directive relative à l'implication des salariés dans la SE²⁴. Les dispositions de la directive ne profite pas qu'à la SA, elle s'applique à toutes les sociétés de capitaux. La directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières des sociétés, a été transposée en France par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008²⁵.

²⁰ « La SE est l'une des illustrations les plus topiques des tensions qui peuvent exister entre intérêt général et intérêts nationaux. Le premier conduisait à reconnaître à la SE la plus grande liberté pour se déployer dans l'espace économique européen quand le strict intérêt national incitait au contraire chaque Etat à brider cette liberté pour concentrer les activités économiques à l'intérieur de ses frontières », cf. N. LENOIR, « Pourquoi choisir le statut de la société européenne », in *La société européenne, premier bilan et perspectives d'évolution*, Rev. Lamy droit des aff., juin 2007, n° 17, p. 74 et s.

²¹ Sur l'usage des règles de conflit dans la construction européenne et, notamment, dans les règlements, cf. L. IDOT, « L'incidence de l'ordre sur le droit international privé », *Petites affiches*, 12 décembre 2002, n° 248, p. 27.

²² Elle est issue du règlement n° 1435/2003 et de la directive n° 2003/72/CE du Conseil du 22 juillet 2003.

²³ Directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux.

²⁴ Cf. L. IDOT, « Fusions transfrontalières », *Europe*, n° 1, janvier 2006, comm. 13 ; Th. MASTRULLO, « La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets », *Europe*, n° 8, août 2009, étude 8.

²⁵ Pour un aperçu de la transposition de cette directive en France, A. LECOURT, « La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus », *Droit des sociétés*, n° 10, 1^{er} octobre 2008, p. 806 et s. ; M. MENJUCQ, « Adaptation du droit des sociétés au droit. A propos de la loi du 3 juillet 2008 », *JCP éd. N*, n° 30, 25 juillet 2008, act. 576 ; M. LUBY, « Impromptu sur la directive n° 2005/56 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *Droit des sociétés*, n° 6, juin 2006, Etude 11 ; Th. MASTRULLO, « La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières :

19. D'autres structures transfrontalières existent. La pratique n'a pas attendu l'arrivée du Règlement SE pour en créer. Par exemple, Rhône Poulenc Rhorer s'est servie d'une filiale commune, Arte d'une GEIE, Eurotunnel de la technique du jumelage d'actions (dit le « stapling »)²⁶. Cependant, l'absence de structure européenne a longtemps entraîné un coup fiscal et organisationnel, puisqu'elle oblige à des montages juridiques et fiscaux complexes²⁷. La nécessité de satisfaire « les besoins des entreprises » a grandement permis l'adoption du Règlement SE²⁸.

20. Au sein de l'Union européenne, 2088 entreprises ont opté pour la SE. Elles sont 1286 en juin 2012²⁹. Au regard du contexte économique actuel, le nombre de SE immatriculées montre que cette forme sociale n'est pas un échec³⁰. Pourtant certaines des SE sont des coquilles vides³¹. En France, au premier semestre 2008, moins de dix SE ont été immatriculées³². Depuis 2004, au début de l'année 2014, ce sont trente-quatre SE qui ont été immatriculées en France³³. Parmi lesquelles, Scor en 2007, Atos Origin en 2012,

une avancée et des regrets », *Europe*, n° 8, août 2009, étude 8 ; D. LENCOU et M. MENJUCQ, « Les fusions transfrontalières de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes ! », *D.*, 2009, p. 886 et s.

²⁶ Cf. G. BALLIF, « La société anonyme européenne (SE) et la norme européenne », in *Le droit des sociétés et l'Europe*, n° 54, novembre 1997, *Droit et patrimoine*, p. 50 ; E. BOUCAYA et P. DE MOIDREY (table ronde), « Fusions transfrontalières, l'apport de la nouvelle directive », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, novembre-décembre 2006, p. 9 et s.

²⁷ P. BRUNEAU, « Fusions franco-britanniques, les substituts juridiques et fiscaux en l'absence d'une société européenne supranationale », *Gaz. Pal.* 27 octobre 1991 ; J.-P. LE GALL, A. VIANDIER, « Le Dividend Access, un modèle français, *JCP éd. E.*, 1991, I, p. 103 et s.

²⁸ Cf. M. LUBY, « Le droit des sociétés en 2002 : coup de houle à l'horizon ? ... », *Droit des sociétés*, mai 2003, p. 8 et s. ; F. BLANQUET, « Droit des sociétés de capitaux : quelles tendances générales prévisibles à l'aube du 3^e millénaire », *Rev. soc.*, 2000, p. 73 et s.

²⁹ Un rapport réalisé par Ernst and Young fournit un panorama des législations applicables dans les Etats membres, et un inventaire des SE existantes. Il identifie les principales motivations pour former ou non une SE. Ce rapport est résumé dans l'article suivant, L. JULIEN-SAINT-AMAND et L. CUILIER, « Bilan et Perspectives, études Ernst and Young », in *La société européenne, droit et limites aux stratégies internationales de développement des entreprises*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et A. COTIGA, Bruylant, 2013, p. 7 et s.

³⁰ A. BECKER, « La multiplication de la société anonyme européenne en Allemagne et au Luxembourg », in *La société européenne, droit et limites aux stratégies internationales de développement des entreprises*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et A. COTIGA, Bruylant, 2013, p. 39 et s., spéc. n° 140. La SE semble être un succès « si l'on en juge non seulement par le nombre d'entreprises ayant adopté ce statut mais aussi par la diversité de ces entreprises, que cela soit en termes de nationalité, de secteurs industriel ou de services, ou encore de taille ou de forme ». Cf. A. COTIGA, Ch. BEN LAKHDAR et G. CAUCHIE, « La société européenne (SE) : un potentiel de stratégies juridiques salué par les marchés financiers », in *La société européenne, droit et limites aux stratégies internationales de développement des entreprises*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et A. COTIGA, Bruylant, 2013, p. 129 et s., spéc. n° 317.

³¹ Les SE coquilles sont des SE sans activités et sans salarié, cf., L. JULIEN-SAINT-AMAND et L. CUILIER, « Bilan et Perspectives, études Ernst and Young », *op. cit.*, p. 7 et s., n° 34.

³² Cf. M. MENJUCQ, « Droit et droits nationaux des sociétés : des relations ambiguës », *Bull. Joly soc.*, 1^{er} octobre 2008, n° 10, p. 803 et s. ; C. CATHIARD, « Les atouts de la SE », *Bull. Joly soc.*, 2007, p. 539 et s.

³³ C. BOULEAU, « Société européenne, un statut avantageux qui fait beaucoup d'adeptes », *Challenges.fr*, 21 mars 2014.

Schneider Electric fin 2013, LVMH en 2014, Airbus Group en 2015³⁴, ou encore Dassault Systèmes la même année³⁵. Unibail-Rodamco est la première société du CAC 40 à recourir à la SE en 2009. Malgré certaines inquiétudes³⁶, parmi les SE immatriculées en France, peu de sociétés ont transféré leurs sièges dans un autre Etat membre³⁷.

21. Ce « label » européen, avec le sigle SE motive les grandes entreprises à envisager le recours à cette forme sociale. Elles peuvent vendre plus facilement leurs produits et travailler sur sa notoriété en s'affichant comme « SE », dans le marché européen et le reste du monde³⁸. Les marchés financiers réagissent positivement à l'adoption d'une SE. En effet, cette adoption conduit à une « survalorisation boursière significative »³⁹.

22. Dans son projet de constitution de SE, LVMH écrivait en 2014 : « au cours de ces dernières années, les nouvelles Maisons dont le Groupe LVMH s'est enrichi ont toutes des racines européennes mais en dehors de l'Hexagone [...] Ces considérations ont conduit le Conseil d'Administration de la Société à souhaiter traduire cette dimension européenne ». Aux dires de LVMH, « le statut de la société européenne reflétera mieux la nature et la dimension européenne et internationale du groupe »⁴⁰. Bernard Charlès, Directeur général de Dassault Systèmes, a déclaré que l'adoption du statut incarne la création d'une « identité institutionnelle » propre à l'Europe, « un lieu de diversité extraordinaire et le plus vaste espace économique au monde »⁴¹.

23. Cette image véhiculée par la SE renforce et sécurise les relations entre les différents partenaires. Elle est aussi recherchée par les PME. Ces dernières peuvent en constituer une sous certaines conditions. Perimatic, à titre d'exemple, une PME

³⁴ « Airbus Group : devient une Société européenne (SE) », *Boursier.com*, 27 mai 2015.

³⁵ *3ds.com*, 29 mai 2015.

³⁶ Lors de son audition devant la commission des Finances du Sénat sur l'évolution et le développement de la place financière de Paris, H. SYNDET a indiqué que, « la société européenne facilite les transferts de siège. Je ne dis pas que les groupes le feront mais juridiquement l'instrument est là », cf. L. BOISSEAUL, « Les entreprises séduites par le-statut de société européenne », *Les Echos.fr*, 27 02 2014.

³⁷ Au moment de la parution de cet article, sur les 29 sociétés françaises (dont SCOR, Atos, Philippe Auguste, Gameloft, Pierre et Vacances) qui sont devenues européennes, seules deux (Sword Group et Eurofins Scientific) ont transféré leur siège hors de France (aux Pays-Bas) ; cf. L. BOISSEAUL, « Les entreprises séduites par le-statut de société européenne », *op. cit.*

³⁸ « La société européenne, un statut amené à se développer », *Les Echos/Bourse*, 4 juin 2015. « En clair, il y a un côté premium à être en société européenne », note Hubert Segain, associé chez Herbert Smith Freehills cf. L. BOISSEAUL, « Les entreprises séduites par le-statut de société européenne », *op. cit.*

³⁹ A. COTIGA, Ch. BEN LAKHDAR et G. CAUCHIE, « La société européenne (SE) : un potentiel de stratégies juridiques salué par les marchés financiers », *op. cit.*, p. 129 et s., spéc. n° 371.

⁴⁰ Cf. L. BOISSEAUL, « Les entreprises séduites par le-statut de société européenne », *op. cit.*

⁴¹ Cf. L. BOISSEAUL, *ibid.*

immatriculée à Saint-Nazaire l'a choisi pour renforcer sa crédibilité dans ses négociations et son expansion à l'international⁴².

24. Pourtant, le capital social de la SE est de 120 000 euros. Il est élevé mais il constitue un gage pour ses créanciers⁴³. Ces derniers s'engagent avec une société susceptible de transférer son siège social dans un autre Etat membre. D'aucuns souhaitent la création d'une autre structure sociétaire européenne, la SPE⁴⁴. Le capital social de cette dernière serait de 10 000 euros. Bien que la SE soit également accessible aux PME, ces dernières ne seront probablement pas attirées par cette forme sociale. En effet, elles affectionnent les SARL⁴⁵. Une SA et *a fortiori* une SE, ne sont pas adaptées pour l'exercice des activités poursuivies par une PME.

25. Pour autant, ce sont les « opportunités »⁴⁶ rencontrées qui amènent les entreprises à choisir la SE. En effet, les moyens de restructuration proposés par le Règlement SE peuvent aider à l'accomplissement des projets envisagés par des entreprises.

26. En quoi et comment le Règlement SE a-t-il mis en place un outil au service de la restructuration des entreprises dans l'intérêt du marché intérieur ?

27. Le fonctionnement du marché intérieur suppose une véritable circulation intra-européenne des sociétés. La circulation des sociétés ne doit pas être confondue avec leur « délocalisation », bien que les termes « circulation » et « délocalisation » évoquent tous les deux l'idée d'un « déplacement des structures d'une exploitation ». Néanmoins, la circulation des sociétés, et par la même leur mobilité, est un déplacement géographique n'entraînant pas nécessairement de conséquences sur la localisation des établissements

⁴² Selon C. CATHIARD, cette PME a choisi la SE pour faciliter son développement sur les marchés asiatiques ; cf. M. MOTTE, « La société européenne devient le dernier statut à la mode », *L'opinion*, 19 02 2014 ; C. BOULEAU, « Société européenne, un statut avantageux qui fait beaucoup d'adeptes », *op. cit.*

⁴³ G. PARLEANI, « Le financement du capital. Réflexions sur l'utilité de la notion et son devenir », *rev. soc.*, p. 13.

⁴⁴ Un projet de règlement a été présenté le 25 juin 2008, Proposition de Règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, COM (2008), 396. Mais ce projet a été retiré. B. LECOURT, « La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (à propos du retrait de la proposition de règlement) », *Rev. soc.*, 2014, p. 133 s.

⁴⁵ E.-J. NAVEZ et Y. DE CORDT, « Rapport général-Une tentative de synthèse des tendances actuelles du mouvement de simplification », in *La simplification du droit des sociétés privées dans les Etats membres de l'Union européenne*, sous la direction de E.-J. Navez et Y. de Cordt, Bruylant, 2015, p. 9 s., spéc. pp.12 et 19.

⁴⁶ F. FAGES, M. MENJUCQ et L. VUIDARD, « L'introduction de la société européenne en droit français : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés », *D.*, 2007, p. 30 s.

sociaux⁴⁷, mais la structure juridique est modifiée⁴⁸. Cette mobilité dite « institutionnelle » des sociétés recouvre aussi bien l'hypothèse du transfert de siège social, que la création d'établissements secondaires ou de filiales à l'étranger, voire de certaines formes de concentrations telle la fusion-absorption⁴⁹.

28. Les articles 49 et 54 du Traité FUE (ex 43 et 48 du Traité CE), prévoient la liberté d'établissement des sociétés⁵⁰. En s'appuyant sur ces articles, la CJUE rend inutile l'adoption d'une convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés. Elle permet aussi aux sociétés de dissocier les sièges statutaires et réels. Cela facilite la création de succursales et de filiales dans un autre Etat membre.

29. Toutefois, la SE reste la seule à pouvoir transférer son siège social dans un autre Etat membre. Il existe une proposition de directive sur le transfert de siège social⁵¹. Après avoir été abandonnée en 2007, elle a été relancée par l'action du Parlement européen⁵². Elle s'appuie sur la procédure de transfert de siège social de la SE, élaborée par le Règlement SE.

30. En effet, au-delà de ce qu'offre le Règlement SE aux entreprises, les nombreuses discussions dont il a fait l'objet, ont permis de mener à bien d'autres outils européens.

⁴⁷ « La délocalisation déploie ses effets sur le registre économique et concerne les structures matérielles, alors que la circulation appliquée aux sociétés vise, quant à elle, les structures juridiques », cf. V. MAGNIER, « Mobilité des sociétés et liberté d'établissement : le point de vue », in *La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n° 2, p. 28 s.

⁴⁸ « La mobilité *ad hoc* des sociétés se manifeste, quant à elle, par la dispersion durable des activités de la société sans pour autant que les structures en soient directement affectées. Il en va ainsi en cas de délocalisation d'une branche d'activité à l'étranger, d'éclatement des organes de direction ou de mobilité financières des sociétés en recourant aux marchés financiers étrangers », X. BOUCOBZA, « Les techniques de réglementation favorisant la mobilité des sociétés », in *La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars avril, 2006, p. 23 s.

⁴⁹ X. BOUCOBZA, *ibid.*, p. 23 ; V. MAGNIER, « Mobilité des sociétés et liberté d'établissement : le point de vue », *op. cit.*, p. 28 s.

⁵⁰ La CJUE détermine si la société peut se prévaloir de la liberté d'établissement eu égard à l'article 48 du Traité CE. Puis, la CJUE recherche si la société subit une restriction contraire à l'article 43 du Traité CE.

⁵¹ Sur le projet de 14^e directive sur le transfert de siège des sociétés d'un Etat membre à un autre avec changement de la loi applicable, du 5 mars 1998, J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 43. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « Le plan d'action de la Commission européenne en droit des sociétés : une approche française », *Bull. Joly soc.*, 2003, p. 997 s., spéc. n° 36.

⁵² Sur le projet de rapport, 17 octobre 2008, 2008/2196 (INI).

31. Le Règlement SE est aussi un outil utile aux entreprises dans leurs stratégies de développement en Europe⁵³. Dans le choix de leur mode d'organisation, les entreprises sont influencées par les opportunités offertes par la construction européenne⁵⁴.

32. A défaut d'être définie, l'entreprise présente des éléments caractéristiques⁵⁵. Elle est caractérisée par une activité économique, un ensemble de moyens affectés à l'activité, un centre de décision et de pouvoir, une organisation complexe (constituée de multiples organisations particulières qui doivent respecter une cohérence d'ensemble), une communauté humaine organisée, un centre d'intérêts, un objet d'organisation juridique. Elle est une entité économique⁵⁶ et ses caractéristiques la font correspondre avec une société⁵⁷ mais pas uniquement. Selon sa voie de constitution, la SE est accessible à d'autres entités économiques que les sociétés. Aussi le concept d'entreprise permet de toutes les englober.

33. Au cours de son existence, une entreprise peut être amenée à élaborer une restructuration. Cette dernière est une modification du cadre et du mode d'organisation d'une structure, au moyen d'un mécanisme juridique entraînant « une transformation durable et sensible de ses éléments essentiels »⁵⁸. Une structure est une organisation stable à caractère durable permettant l'existence d'un pouvoir de direction caractérisé par un centre de décision autonome et ayant pour objet le développement d'une activité⁵⁹. Ainsi, une fusion transfrontalière, un transfert de siège social intra-européen, une transformation de société, une filialisation ou encore la constitution d'une holding, constituent une restructuration.

34. Certaines voies de restructuration étaient difficilement accessibles pour la SA. En effet, celle-ci a l'envergure nécessaire pour amasser des capitaux et les gérer, mais, jusqu'à l'adoption du Règlement SE, elle ne pouvait pas participer à des fusions

⁵³ Le concept de stratégie juridique d'entreprise n'a de sens que si on prend les normes juridiques (législatives, réglementaires, usuelles ou contractuelles) non pas comme des barrières dressées contre l'action, mais comme des outils de mise en forme et de mise en œuvre de la décision entrepreneuriale, Cl. CHAMPAUD, « Qu'est-ce qu'un avantage juridique ? », in *Les stratégies juridiques des entreprises*, sous la direction de A. Masson, Larcier, 2009, p. 77 s., spéc. p. 80.

⁵⁴ H. SYNDET, « La société européenne et les fusions transfrontalières, techniques de concentration des entreprises », in *L'entreprise dans le marché unique européen*, La documentation française, 1995, p. 293.

⁵⁵ J. PAILLUSSEAU, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, 1997, p. 3 ; L. IDOT, « La notion d'entreprise », *D.*, 2001, p. 191.

⁵⁶ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Puf, 2004, p. 74.

⁵⁷ Selon l'auteur, l'intérêt social correspond à celui de l'entreprise, cf. A. PIROVANO, « La « boussole » de la société, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1997, chron., p. 189 s.

⁵⁸ C. MASQUEFA, *La restructuration*, LGDJ, 2000, n° 241.

⁵⁹ C. MASQUEFA, *ibid*, n° 236.

transfrontalières. Depuis l'adoption de la directive sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, constituer une SE n'est plus le seul moyen pour parvenir à réaliser une telle fusion. Toutefois, le Règlement SE facilite et sécurise⁶⁰ la création de *holding* et de filiales. En outre, il reste le seul outil européen à permettre le transfert de siège social (avec changement de loi applicable).

35. Ainsi, ce Règlement est un outil de restructuration au service des entreprises, leur permettant de se concentrer, de coopérer et de se mouvoir au sein de l'Union. Ce, par la création d'une SE *holding*, par la transformation d'une SA en SE, par son transfert dans un autre Etat membre, par voie de fusion transfrontalière, et par la constitution d'une SE filiale.

36. Pourtant le Règlement SE n'a pu être adopté que suite à de longues négociations avec les Etats membres, désireuses de préserver leurs spécificités et leurs intérêts. Cela se traduit par la combinaison de règles matérielles et de conflit. A titre d'exemple, la fiscalité de la SE est renvoyée au droit fiscal français applicable à la SA.

37. Pour y parvenir, il a fallu rattacher la SE aux Etats membres à titre subsidiaire. L'articulation des règles matérielles et des renvois vers le droit national, est organisé par le Règlement SE. Ces renvois vers le droit national conduisent à préciser les règles de rattachement de la SE à un Etat.

38. En effet, la SE n'est pas uniquement rattachée à un ordre juridique européen. Elle est aussi rattachée à titre subsidiaire au droit national de son lieu d'immatriculation. Par conséquent, l'effectivité du Règlement qui donne naissance à la SE, passe par la coopération des Etats membres. Chacun d'entre eux doit élaborer des dispositions visant à l'accueillir. Cela signifie que les Etats membres sont mis dans une certaine concurrence.

39. La concurrence institutionnelle, connue aussi sous le vocable de concurrence législative⁶¹, désigne la mise en concurrence des Etats résultant de l'interaction de leurs

⁶⁰ La sécurité juridique entre les partenaires économiques, est importante pour favoriser leurs relations, F. SIIRIAINEN et J.-B. RACINE, « Droit économique et sécurité juridique. Propos introductifs », in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la direction de L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, Larcier, 2007.

⁶¹ V. MAGNIER, « Les droits des sociétés dans l'Union européenne : entre concurrence et équivalence », in *L'entreprise et le droit : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, PUF, 2007, p.67.

propres intérêts économiques avec les intérêts économiques des entreprises⁶². Elle peut être horizontale et ou verticale. Dans la première hypothèse, les Etats entrent en concurrence, la seconde hypothèse est caractérisée par les niveaux supranational et national⁶³. *A priori*, il existe une concurrence d'une part entre les différentes formes sociales et la SE relevant d'une même législation et, d'autre part entre les différentes SE proposées par les Etats membres. Toutefois, même si il peut exister une forme de compétition⁶⁴, il n'existe pas d'« effet Delaware » au sein de l'UE. En effet, « l'analyse transactionnelle » du droit des sociétés par les Etats membres et les entreprises n'existe pas dans l'Union européenne⁶⁵. En outre, les motivations fiscales ne sont pas les seules à être prises en compte par une entreprise, cette dernière est également sensible aux facteurs non juridiques⁶⁶. Afin que cette mise en concurrence n'entraîne pas d'effets néfastes sur les droits des tiers des entreprises concernées⁶⁷, le Règlement SE pose des limites. Il impose des règles de protection pour les tiers.

40. Par ailleurs, au sein des Etats membres et dans diverses enceintes internationales, de nombreuses discussions ont été menées sur le gouvernement d'entreprise afin d'améliorer la liberté contractuelle des domaines concernant la détermination des organes de la société, l'organisation des rapports entre ces organes, les droits des associés, les conditions d'accès, de retrait ou d'exclusion d'associés, sous

⁶² A. COTIGA, *Le droit européen des sociétés, compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, Larcier, 2013, n° 1.

⁶³ A. COTIGA, *ibid*, n° 9 et s.

⁶⁴ La recherche du statut le plus favorable n'est pas l'élément déterminant permettant d'expliquer la répartition des SE dans les différents Etats membres. Il n'y a pas encore de concurrence entre les Etats membres pour déterminer quel est l'Etat qui se révèle être le plus attrayant pour une SE, P. JUNG, « L'aménagement d'une société anonyme en Allemagne », in *La société européenne, droit et limites aux stratégies internationales de développement des entreprises*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et A. COTIGA, Bruylant, 2013, p. 49 s., n° 174.

⁶⁵ « Contrairement à la situation qui prévaut aux Etats Unis, les Etats européens ne peuvent compter sur la motivation économique directe que représenterait la possibilité de bénéficier des droits d'enregistrement afférents aux constitutions de sociétés et des taxes annuelles de franchise (franchise tax) payées par les entreprises incorporées localement », E.-J. NAVEZ et Y. DE CORDT, « Rapport général-Une tentative de synthèse des tendances actuelles du mouvement de simplification », *op. cit.*, p. 9 s., spéc. p. 39.

Les Etats membres « ne peuvent pas envisager l'instauration de taxes de franchise afin d'obtenir des bénéfices financiers directs des entreprises s'incorporant/réincorporant selon le droit local des sociétés. Cette limite les empêche à alimenter une concurrence normative en droit des sociétés telles que celle déclenchée par le Delaware aux Etats Unis ». A. COTIGA, *Le droit européen des sociétés, compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 460.

⁶⁶ A. COTIGA, *ibid*, n° 408. E.-J. NAVEZ et Y. DE CORDT, « Rapport général-Une tentative de synthèse des tendances actuelles du mouvement de simplification », *op. cit.*, p. 9 s., spéc. p. 39.

⁶⁷ « L'évaluation des effets de la concurrence entre les droits substantiels des sociétés dans l'Union européenne met en évidence que dans une série d'hypothèses, une détérioration du contenu des législations concurrentes constitue une crainte fondée », A. COTIGA, *Le droit européen des sociétés, compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 575.

« Concurrence et équivalence des droits, souvent présentées comme contradictoires, sont en réalité complémentaires », V. MAGNIER, « Les droits des sociétés dans l'Union européenne : entre concurrence et équivalence », *op. cit.*, p. 67 s., spéc. p. 69.

réserve du respect des dispositions législatives impératives. Leur intensité varie selon les Etats membres. Dès lors le champ de la liberté contractuelle est plus large dans certains Etats membres que dans d'autres.

41. Ainsi, le régime de la SE peut sensiblement varier en fonction de son lieu d'immatriculation. Et, les entreprises ont tendance à s'établir dans le territoire le plus attractif pour leur développement.

42. Aussi, en France notamment, l'enjeu pour le législateur est de rendre le droit français attractif afin que l'hexagone devienne la terre de prédilection des SE. Le sénateur Ph. Marini, dans sa proposition de loi du 8 octobre 2003, le rappelle dès l'exposé des motifs⁶⁸. Le législateur s'est efforcé d'émettre des dispositions respectant au mieux le désir de la pratique. En effet, des dispositions nationales plus novatrices ont été adoptées dans un objectif « avoué » d'attractivité du droit national⁶⁹. Le droit français de la SE ne s'aligne pas systématiquement sur celui de la SA. La France met en place des dispositions propres à la SE, grâce à la marge de liberté laissée par le Règlement SE⁷⁰.

43. La SE constitue donc un levier non négligeable de modernisation des droits nationaux⁷¹. D'ailleurs, le « forum shopping » ne doit pas être conçu exclusivement comme une menace, mais comme une incitation à davantage de souplesse, de réactivité et de convergence des droits nationaux⁷².

⁶⁸ Pourtant, d'autres font une analyse restrictive de l'article 9 § 1 ci contrairement au sénateur Marini par exemple (à travers les motifs de sa proposition de loi), qui cherche à offrir un cadre plus souple à la SE. En effet, à côté des mesures spécifiques à la SE, les lois proposées par le sénateur Marini envisagent l'adaptation du droit de la SA pour permettre à la SE de bénéficier d'un cadre plus flexible que celui offert à la SA. En revanche, pour eux, les relations entre les actionnaires ne pouvaient pas faire l'objet d'une réglementation interne spécifique à la SE, puisque seul le droit commun de la SA et les dispositions des statuts non contraires aux règles impératives seraient compétent pour régir cette matière. Cf. D. PORACCHIA, C. CATHIARD, M.-P. SOUWEINE, J. SIBILLE, M. ABRAHAM, D. DUMARCHE et J.-L. COLOMBANI, « La société européenne – Enjeux pour le droit français », in *La société européenne entre son passé et son avenir, Droit et patrimoine*, n° 125, avril 2004, p. 71 s.

⁶⁹ M. MENJUCQ, « L'Europe et le droit de l'entreprise », *JCP éd. E*, n° 14, 5 avril 2007, 1464.

⁷⁰ J BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 76.

L'article 9 permet de prendre des mesures spécifiques dans des domaines non réglés par le Règlement SE.

⁷¹ Ph. MARINI, « L'attractivité de la société européenne à la française », in *Société européenne, Journal des sociétés*, n° 28, janvier 2006, p. 34 s.

⁷² Ph. MARINI, *ibid*, p. 34 s.

44. D'aucuns reprochent au Règlement SE de faire des renvois vers le droit national de la SA⁷³. Pourtant, cette dernière est au moment de la première proposition du Règlement SE, la seule forme sociale connue de tous les Etats membres. En effet, la SA est l'objet de nombreuses mesures d'harmonisation. Les directives européennes sociétaires visent exceptionnellement les SARL⁷⁴ et ne portent pas sur la SAS⁷⁵. La SE est donc dotée de caractères « sensiblement identiques » à la SA⁷⁶.

45. Le droit français de la SA est a priori formaliste et lourd à manier, mais il offre un cadre sécurisant et formel. Lorsque la société émet des titres sur un marché réglementé, des mesures sont prévues et dédiées à la protection des investisseurs ; ainsi qu'à celle du marché⁷⁷. Ces contraintes faites entre autre de contrôles et de transparences, ont pour vocation de rassurer les investisseurs. Elles ne se justifient pas en présence d'une société ne faisant pas appel public à l'épargne. Son fonctionnement peut donc être plus souple, et les modes de décision simplifiés. La France a saisi cette occasion pour l'adoption du Règlement SE en France.

46. Pour rendre la France juridiquement attractive, il existe deux solutions⁷⁸. La première consisterait à autoriser la SE de se référer au droit de la SAS, lorsqu'elle ne recourt pas à l'émission de titres sur un marché réglementé⁷⁹. La seconde solution consisterait à scinder le droit de la SA en deux et de distinguer selon qu'elle fasse ou non appel public à l'épargne⁸⁰. Ici, des règles s'inspirant de la SAS s'appliquent à la SE

⁷³ Selon l'article 3 § 1 du Règlement SE, « la SE est considérée comme une société anonyme relevant du droit de l'Etat membre de son siège statutaire ».

Selon l'article 10 du Règlement SE, « sous réserve des dispositions du présent règlement, une SE est traitée dans chaque Etat membre comme une société anonyme constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire ».

⁷⁴ B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on attendre du législateur européen ? », *Rev. soc.*, 2004, p. 223 s.

⁷⁵ La SAS est une société par action, instituée par la loi du 3 janvier 1994, régie en partie par renvoi au droit des SA.

Le droit n'admet pas que les SA puissent se doter d'un capital variable, une SE ne peut donc pas bénéficier de la variabilité du capital. Une SAS peut au contraire le faire, puisqu'elle n'est pas tenue par les directives destinées à harmoniser le droit des sociétés.

De même que la liberté d'organisation de la direction des SAS n'est pas compatible avec les obligations faites aux SE en la matière.

Les sénateurs Branger et Hiest ont proposé de soumettre les SE ne faisant pas appel public à l'épargne aux dispositions de la SA et de la SAS pour les mesures compatibles.

⁷⁶ Y. LOUSSOUARN, « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *op. cit.*, p. 383 s.

⁷⁷ J-Ph DOM, « La société européenne –Aspect de droit des sociétés », in *La société européenne entre son passé et son avenir, Droit et patrimoine*, n° 125, avril 2004, p. 77 s.

⁷⁸ J-Ph DOM, *ibid*, p. 77.

⁷⁹ Les SE faisant appel public à l'épargne feront donc référence au droit de la SA.

⁸⁰ Selon BLANQUET, l'objectif à atteindre par le droit et les droits nationaux, devrait être de simplifier le droit des sociétés « fermées » (puisqu'elles ne font pas appel public à l'épargne) et d'alléger les protections

immatriculée en France. Cette possibilité résulte du renvoi par le Règlement SE au droit national pour le fonctionnement de la SE.

47. En effet, le Règlement SE met en place un outil européen de restructuration des entreprises conciliant le droit européen et les droits nationaux (**Partie I**). Ce, en effectuant une conciliation de droits entre un rattachement européen de la SE et un fonctionnement renvoyé au droit national (**Partie II**).

des investisseurs avisés, cf. F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. soc.*, 2000, p. 115

« A l'égard des sociétés ouvertes ou publiques, le maintien de règles impératives et strictes se justifie pour assurer la protection des investisseurs et des tiers. En revanche, il est aujourd'hui admis dans la majorité des Etats membres que les sociétés privées ou fermées sont en droit de revendiquer davantage de flexibilité et de souplesse dans leur fonctionnement », E.-J. NAVEZ et Y. DE CORDT, « Rapport général-Une tentative de synthèse des tendances actuelles du mouvement de simplification », *op. cit.*, p. 9 s., spéc. p. 29.

Partie I : La mise en place d'un outil européen de restructuration des entreprises conciliant le droit européen et les droits nationaux

48. L'existence du Règlement SE est due à la volonté de la Commission européenne d'offrir aux entreprises rattachées à un des Etats membre de l'Union européenne, un instrument de concentration, de coopération et de mobilité. Un instrument qui peut leur permettre de concevoir et d'entreprendre la réorganisation de leurs activités au niveau européen, afin qu'elles soient en mesure d'affronter la compétition internationale ⁸¹. En effet, la raison d'être du Règlement SE est aussi bien d'assurer la mobilité des sociétés au sein de l'Union, que de favoriser de vastes rassemblements de capitaux, donnant aux sociétés à dimension européenne, la « puissance économique » pour les rendre plus compétitives.

49. Le Règlement SE y parvient en faisant coexister en son sein des règles matérielles et de conflit car, il est le fruit d'une conciliation du droit européen et des droits nationaux.

50. Jusqu'à l'adoption du Règlement SE, les acteurs économiques se heurtaient à plusieurs obstacles malgré l'adoption de nombreuses directives européennes par la Commission Européenne et la jurisprudence de la CJUE.

51. En effet, selon le Règlement SE dans son considérant n° 3, sur la situation présente dans l'Union européenne au moment de son adoption, « la réalisation d'opérations de restructuration et de coopération impliquant des entreprises d'États membres différents se heurte à des difficultés d'ordre juridique, psychologique et fiscal »⁸². L'absence de législation a longtemps fait défaut, bien que la pratique ait parfois

⁸¹ Considérant n° 1 du Règlement SE.

⁸² Selon le considérant n° 3 du Règlement SE, « la réalisation d'opérations de restructuration et de coopération impliquant des entreprises d'États membres différents se heurte à des difficultés d'ordre juridique, psychologique et fiscal. Le rapprochement du droit des sociétés des États membres par voie de directives fondées sur l'article 44 du traité est de nature à remédier à certaines de ces difficultés. Ce

pallié cette absence au moyen de montages juridiques complexes, pour exemple les fusions dites à « l'anglaise »⁸³. Or, d'une part, seule une fusion transfrontalière permet à des sociétés indépendantes de se concentrer, de permettre le contrôle total d'une société sur une autre, et d'optimiser ses économies⁸⁴. D'autre part, le transfert de siège social d'une société d'un Etat à un autre, vecteur de la mobilité des sociétés au sein de l'Union, était quasiment inaccessible. Pourtant, la mobilité des sociétés ne peut être exercée pleinement que si elles peuvent se déplacer librement dans l'Union européenne.

52. Le Règlement SE est un outil de restructuration des entreprises au service du marché intérieur car il surmonte les difficultés rencontrées jusqu'alors. Et, il offre aux acteurs économiques un terrain favorable à leurs opérations transfrontalières. Il n'appartient pas au législateur de décider en lieu et place des entreprises quelle doit être la meilleure forme d'organisations, le besoin est de mettre à leurs dispositions les instruments nécessaires à leur développements⁸⁵.

53. En effet, le recours à la SE permet d'accompagner des stratégies de croissances externes et la constitution de groupes européens⁸⁶ par le biais de la constitution de SE par voie de fusion transfrontalière, la SE *holding*, ainsi que la *joint ventures* ayant le statut de filiale commune SE. Le règlement SE facilite donc la concentration juridique et économique des entreprises. En outre, la SE est un vecteur de mobilité au sein de l'Union européenne. Ainsi le Règlement SE constitue un outil novateur au service de la mobilité et de la concentration des entreprises (**titre I**). Pour

rapprochement ne dispense toutefois pas les entreprises relevant de législations différentes de choisir une forme de société régie par une législation nationale déterminée ».

⁸³ Les dispositions de la législation britannique réservaient la procédure de fusions aux sociétés nationales. Toutefois, elle admet les effets d'une fusion, résultant du droit étranger, dont l'autre société participant à l'opération dépend. Ainsi, la Barclays Bank SA, maison mère britannique, a pu absorber sa filiale française et la transformer en succursale (la banque Barclays a su également profiter de la seconde directive « banques » en date du 1^{er} janvier 1993). Cette technique est limitée car elle n'admet pas le principe de transmission de plein droit des passifs. Par ailleurs, la société absorbante détenait 100 % du capital de la société absorbée. La difficulté de l'unanimité dans la prise de décision, ne se posait donc pas, cf. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Précis Domat Montchrestien, 2^e éd., 2008, n° 320.

⁸⁴ Contrairement à une OPA, une fusion transfrontalière permet un contrôle total de la société absorbée, et ne nécessite qu'un recours limité au financement dans la mesure où la rémunération des apports se fait par actions. En outre, la fusion transfrontalière permet aux sociétés mères « d'obtenir sans frais, la liquidation de leurs filiales dans les divers Etats membres et de faire ainsi des économies d'échelle en les remplaçant par des agences ou succursales dont les frais de fonctionnement sont réduits », cf. F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. soc.*, 2000, p. 115.

⁸⁵ « Il n'appartient pas au législateur de décider en lieu et place des entreprises quelle doit être la meilleure forme de leur organisation. Mais, « plus modestement, il doit mettre à leur disposition les instruments nécessaires à leur développement », cf. Ph. MARINI, *Rapport au Premier ministre, la modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 13 septembre 1996, p. 14.

⁸⁶ N. LENOIR, *La Societas Europaea ou SE : pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, La documentation française, mars 2007, p. 273 s.

autant, les différentes voies de restructuration proposées par ce Règlement, ne sont pas ouvertes à toutes les entreprises. En outre, les nombreuses conséquences qu'entraînent les différentes mesures de restructuration proposées par le Règlement SE ne sont pas ignorées. Pour ne pas mettre en péril les intérêts des tiers et des actionnaires minoritaires des entreprises, le Règlement SE met en place des limites (**titre II**).

Titre I : Un outil novateur au service de la mobilité et de la concentration des entreprises

54. Pour reprendre la question posée par l'avocat général Darmon dans ses conclusions rendues pour l'arrêt *Daily Mail*⁸⁷, si un transfert de siège social dans un autre Etat membre ou une fusion transfrontalière, constitue un établissement au sens du Traité CE, la question se pose alors de savoir si une telle opération peut être subordonnée à l'autorisation des autorités nationales. Le droit d'établissement prévu par le droit de l'Union européenne, permet aux sociétés de choisir librement leurs pays de création tout en bénéficiant d'une liberté de prestation dans l'ensemble des pays de l'Union européenne. Ainsi, une société peut *a priori* s'établir où elle le souhaite et ainsi choisir le droit applicable, sauf fraude ou abus⁸⁸. Par ailleurs, la liberté d'établissement est accessible à toutes sociétés constituées en conformité à la législation d'un Etat membre, dont leurs sièges statutaires, leurs administrations centrales ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union⁸⁹.

55. Aussi, grâce au principe de la liberté d'établissement, la CJUE a levé au fur et à mesure les obstacles juridiques à la mobilité qui défavorisait aux sociétés de pur droit national les possibilités d'exercer des opérations transfrontalières. En effet, la jurisprudence de la CJUE impose aux Etats membres d'accueil non seulement de reconnaître les entités créées par un autre Etat membre (et même celles issues d'une fusion transfrontalière) mais également de leur laisser leurs choix d'exercer les droits qui leur sont reconnus par l'Etat membre de constitution (le choix de conserver leurs droits applicables).

⁸⁷ « Du transfert de siège social d'une société entre deux Etats membres de la CEE », CJUE, 27 09 1988, (conclusions de l'avocat général M. M., Darmon présentées le 7 juin 1988), *RTDE*, 1990, p. 357.

⁸⁸ Le raisonnement s'établit en deux temps. Après avoir déterminé si la société peut se prévaloir de la liberté d'établissement eu égard à l'article 54 du Traité UE (ex 48 du Traité CE, on peut s'interroger sur le point de savoir si elle subit une restriction contraire à l'article 49 de ce Traité UE (ex 43 du Traité CE). Pour ce qui est de la première étape, l'Etat membre peut disposer d'une faculté quant aux choix des critères de rattachement d'une société.

⁸⁹ Article 54 du Traité UE (ex 48 du Traité CE).

56. Pourtant, dans la mesure où l'harmonisation des droits des sociétés reste incomplète, l'usage de cette liberté reste délicat, même s'il existe de nettes avancées, puisque les sociétés ont acquis une certaine mobilité par la jurisprudence de la CJUE⁹⁰.

57. En effet, il ressort de sa jurisprudence que la mobilité du siège de la société dépend de l'avancée du droit de l'Union européenne et législatif. Par conséquent, le droit d'accès à cette liberté d'établissement est défini par le droit national. Le seul recours au principe de la liberté d'établissement peut donc s'avérer insuffisant.

58. Ainsi, la CJUE ne vient pas nécessairement au secours des sociétés (de pur droit national) qui souhaitent opérer des restructurations au niveau européen. Certains obstacles juridiques sont maintenus à la sortie des Etats membres au profit des sociétés de pur droit national. Néanmoins, des difficultés ont été enlevées grâce à l'usage de la liberté d'établissement, et ont ainsi permis la levée d'obstacles juridiques à l'entrée des Etats membres pour ces sociétés. Par ailleurs, depuis l'adoption de la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 les sociétés de capitaux dont les SA peuvent réaliser des fusions transfrontalières. Elle s'inspire de la procédure de constitution d'une SE par voie de fusion. En effet, elle combine des règles matérielles et de conflit.

59. Le Règlement conserve encore ses attraits, puisque les différents moyens qu'il met en œuvre, permettent aux entreprises de coopérer plus facilement entre elles et se mouvoir au sein de l'Union européenne. Le SE reste un outil de concentration, de collaboration et de mobilité des entreprises au sein de l'Union européenne (**chapitre II**).

60. Le Règlement SE est le premier à aborder et résoudre les problématiques liées au transfert de siège social et à la fusion transfrontalière. Contrairement au droit national français qui ne permettait pas de régler les problématiques caractéristiques de la fusion transfrontalière et du transfert de siège social avec changement de loi applicable (**chapitre I**).

⁹⁰ V. MAGNIER, « Mobilité des sociétés et liberté d'établissement : le point de vue », *op. cit.*, p. 28 s.

Chapitre I : les problématiques caractéristiques de la fusion transfrontalière et du transfert de siège social avec changement de loi applicable

61. Longtemps un droit européen des opérations sociétaires transfrontalières a fait défaut au regard du besoin de certaines sociétés. Les articles 43 et 48 du Traité CE puis les articles 49 et 54 du Traité FUE prescrivent la libre circulation des biens et des personnes physiques ou morales sans distinction. Sous l'impulsion de la SE et du Règlement l'instituant, un droit européen des opérations intra-européennes, bénéficiant aux sociétés ayant leurs sièges à l'intérieur de l'Union, s'est construit⁹¹.

62. Le transfert de siège, tout comme la fusion transfrontalière, sont des atouts majeurs à la mobilité d'une société. L'enjeu réside dans la mise en œuvre de techniques visant à assurer le déplacement de la société, tout en permettant la continuité de l'entreprise, ou la concentration de plusieurs sociétés immatriculées dans des différents Etats. Jusqu'à l'arrivée du Règlement SE, les droits nationaux n'apportaient que des solutions insuffisantes ou incomplètes. Ils étaient dans l'attente d'une réponse du droit européen (les articles 49 et 54 du Traité FUE, ex 43 à 48 du Traité CE prévoient le droit d'établissement) qui est demeuré longtemps lacunaire.

63. Il existe des problématiques communes à la fusion transfrontalière entre SA⁹² et au transfert de siège social d'une SA vers un autre Etat membre (**section 1**), que les législateurs nationaux n'ont pas voulu résoudre, par peur que les sociétés trouvent un moyen d'échapper à leurs dispositions nationales. D'autres problématiques varient selon l'opération transfrontalière envisagée (**section 2**).

⁹¹ Harmoniser, ce n'est pas créer une règle de droit. Pourtant les directives créent du droit européen, en facilitant, notamment, à toutes les sociétés d'une même catégorie, la conception des opérations sociétaires intra-européennes, H. LE NABASQUE, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du XXème siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 417 s., spéc. p. 419.

⁹² Seules les difficultés rencontrées par la SA immatriculée en France nous intéressent car le fonctionnement de cette société est proche de celui de la SE.

Section 1 : Les problématiques communes à la fusion transfrontalière entre SA et au transfert de siège social d'une SA vers un autre Etat membre

64. L'absence de reconnaissance mutuelle des sociétés étrangères est un obstacle commun à toute opération transfrontalière. En effet, la notion de reconnaissance mutuelle des sociétés étrangères conditionne l'exercice des droits de la société, dans un Etat autre que celui auquel elle est rattachée par sa constitution. La question de la reconnaissance mutuelle de la société étrangère n'est donc pas anodine. De même, une opération transfrontalière a souvent pour conséquence d'entraîner un changement de loi applicable à l'engagement des associés. Elle soumet l'engagement des associés à deux lois successives. Ce changement peut constituer un obstacle au montage d'une opération transfrontalière. Il en résulte en soumettant l'engagement des associés à deux lois successives que l'opération requiert l'unanimité dans la prise de décision des associés.

65. Ainsi, les principaux obstacles à la réussite des opérations transfrontalières, sont liés d'une part à l'absence de reconnaissance mutuelle (par l'Etat membre d'accueil) des entités créés dans un autre Etat membre (§ 1), et d'autre part au changement de loi applicable à la société (ou aux modifications du régime juridique applicable à la société), faisant l'objet d'une opération transfrontalière (§ 2).

§ 1 : La reconnaissance mutuelle des entités créés dans un autre Etat membre

66. L'exercice d'un droit par une société, est subordonné à la reconnaissance préalable de la personne morale dans le droit interne de l'Etat membre, auquel il n'est pas rattaché juridiquement. Il n'existe pas de textes législatifs en matière de reconnaissance mutuelle des sociétés (A). Cependant, la CJUE, au travers de sa jurisprudence, a permis aux entités constituées dans un autre Etat membre d'être reconnues en tant que telle par n'importe quel autre Etat membre (B).

A) L'absence de textes législatifs en matière de reconnaissance mutuelle des sociétés

67. La question préalable à celle de la détermination des droits dont une société étrangère peut jouir et exercer sur le territoire d'un Etat, est celle de la reconnaissance

mutuelle de cette société. En effet, il est nécessaire qu'un Etat admette l'existence juridique de la société, pour qu'elle puisse exercer et jouir sur le territoire de ce même Etat. Ainsi, cet Etat doit admettre que la société est valablement constituée dans un autre Etat. A défaut de reconnaissance, la société ne peut effectuer aucun acte juridique sur le territoire de l'Etat qui ne l'a pas reconnu et ne peut donc pas s'y établir. L'existence effective d'un droit est subordonnée à la reconnaissance préalable de la personne morale par le droit interne de l'Etat membre auquel elle n'est pas juridiquement rattachée. Or, les personnes morales n'existent qu'au regard d'un ordre juridique national leur conférant le droit à une existence juridique. Ce qui conduit à s'interroger sur l'existence de la société.

68. Les difficultés rencontrées lors des opérations transfrontalières peuvent être liées à la reconnaissance mutuelle des sociétés. D'une part, un transfert de siège social ne peut avoir lieu si l'Etat d'accueil n'admet pas l'existence la personnalité morale désirant transférer son siège. D'autre part, une fusion transfrontalière ne peut avoir lieu que si les Etats de chacune des sociétés participantes, auxquels elles sont juridiquement rattachées, reconnaissent l'existence des autres sociétés en cause.

69. En conséquence, avant d'envisager une opération transfrontalière, il faut s'assurer de la reconnaissance mutuelle des sociétés par les Etats⁹³. Cette dernière conduit à se poser deux types de question : quelle entité (ou société) reconnaître et sous quelles conditions ? Les Etats membres reconnaissent-ils comme équivalentes les procédures de constitution des SA ? Cette difficulté a été éludée dans la 1^{re} directive, par la Commission européenne, qui a harmonisé les modalités de constitution des SA. En revanche la reconnaissance mutuelle d'une société par un Etat, constituée dans un autre Etat, dépend de son système de rattachement juridique.

70. Le lien qui existe entre la notion de reconnaissance mutuelle⁹⁴ et la délimitation du domaine de reconnaissance établit par la doctrine, dépend de l'importance

⁹³ Comme nous le rappelle Th. MASTRULLO, dès l'instant où un Etat refuse de reconnaître une société, celle-ci ne peut jouir d'aucun droit ni effectuer aucun acte juridique sur son territoire, *cf.* Th. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2009, n° 75, p. 64.

D'ailleurs, cette question est un préalable à poser, *cf.* M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 53, p. 55.

⁹⁴ Elle est définie par P. MAYER et V. HEUZE comme étant l'autorisation accordée par l'Etat à une société étrangère « d'exercer une activité » sur son territoire, *cf.* P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Précis Domat, Montchrestien, 9^e éd., 2007, n° 1053 à 1055, pp. 749 et 750, cité par Th. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, op. cit., n° 75, p. 64.

accordée à l'intervention de l'autorité publique dans la constitution de la société. Aussi, il renvoie à la théorie de la personnalité morale⁹⁵. Toutefois, la survie de la personnalité morale (ou continuité de la personne morale), ne sera pas traité ici, car sa survie n'intervient que lors d'un transfert de siège statutaire. Tandis que si la personne morale ne survit pas à l'opération, il n'y a pas transfert de siège possible mais dissolution de la société suivie d'une reconstitution. Ensuite, une fusion transfrontalière induit par essence la dissolution de la société absorbée, ou des sociétés lors de la création d'une société nouvelle au moment de la fusion. La question de la survie de la personnalité morale ne se pose donc pas non plus. En revanche, la fusion ne peut avoir lieu qu'à la condition que les Etats de chacune des sociétés participantes reconnaissent l'existence des autres sociétés en cause.

71. Par ailleurs, il convient de distinguer la théorie de la personne morale⁹⁶ avec ce qu'il en est en réalité. En effet, la reconnaissance mutuelle des sociétés étrangères par un Etat, dépend du critère de rattachement juridique adopté par l'Etat⁹⁷. Elle varie si l'Etat en cause est partisan du rattachement par le siège réel ou par le siège statutaire⁹⁸. Ainsi, il existe un risque qu'un Etat refuse de reconnaître l'existence d'une société qui ne se serait pas constituée selon ses critères. Si l'Etat est partisan du système d'incorporation, la société est valablement créée dès lors qu'elle est régulièrement constituée, sa reconnaissance est automatique. En revanche, pour un Etat partisan du siège réel, la régularité de l'immatriculation selon le droit de l'Etat de constitution n'est pas suffisante

Pour P. MAYER l'expression « reconnaissance de la société » est ambiguë et elle peut signifier reconnaissance dans le pays du for de la personnalité de la société créée à l'étranger, cf. P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 s., spéc. n° 43, p. 570.

Pour autant, comme le souligne Th. MASTRULLO, la reconnaissance d'une société consiste avant tout en l'admission par un Etat de l'existence de la personnalité juridique de la société, cf. Th. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, op. cit., n° 75, p. 64.

L. LEVY la définit comme étant « l'admission sur le territoire national de l'existence et des effets d'une personnalité juridique étrangère », L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984, n° 26, p. 51.

Enfin, la jurisprudence française contrairement à la loi française du 30 mai 1857, fait référence à la reconnaissance de la personnalité morale et non de la société, cf. G. KHAIRALLAH, note sous Cass. com., 8 juillet 2003, D. 2004, p. 692 s.

⁹⁵ Les notions de reconnaissance d'une société étrangère et la théorie de la personne morale reposent sur des fondements différents. Aussi, la thèse de la réalité et de la fictivité seront traités dans le cadre du fondement de la personnalité morale, infra n° 147, 151.

⁹⁶ Selon M. MENJUCQ, « la théorie de la fiction ne devrait pas interdire aux personnes morales de produire des effets hors de leur territoire de naissance car dans les rapports internationaux, la reconnaissance de fictions juridiques est acceptée et d'autre part, la réalité ne postule pas l'automatisme car la reconnaissance est moins un problème juridique que politique. Par conséquent, les questions relatives au fondement de la personnalité morale et à la reconnaissance sont indépendantes », cf. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 55, p. 57.

⁹⁷ Voir infra.

⁹⁸ Autrement dit, les critères retenus pour reconnaître une société étrangère, varie selon le système de conflit de l'Etat en cause.

pour que la société soit considérée comme valablement créée. En effet, la société doit en plus respecter les règles de constitution de l'Etat où se situe son siège social effectif⁹⁹.

72. En France, la condition des étrangers est évoquée à l'article 11 du Code civil. Aux termes de cet article, « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». « L'étranger » visé par le texte peut *a priori* être aussi bien une personne physique qu'une personne morale, puisque le texte ne précise rien¹⁰⁰. Toute société dont la personnalité morale est reconnue peut donc bénéficier des mêmes droits qui sont accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cette société étrangère appartiendra. Ainsi, si l'Etat dont relève la société étrangère est signataire d'un traité avec l'Etat où la dite société souhaite exercer des droits, elle pourra jouir des mêmes droits (civils)¹⁰¹ que ceux qui seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. Par conséquent, il faut se référer aux traités pour connaître l'étendue des droits reconnus à la société, ainsi qu'à la jurisprudence qui élude les questions non résolues par le législateur (selon les affaires qui lui sont soumises).

73. La jurisprudence a comblé des lacunes législatives, et elle a même parfois apporté des correctifs¹⁰². En effet, la jurisprudence a amené des rectificatifs à la loi du 30 mai 1857. Cette dernière reconnaissait les SA belges mais soumettait la reconnaissance des SA étrangères à l'adoption d'un décret pour chaque Etat¹⁰³. Elle représentait

⁹⁹ Ainsi, comme le souligne Th. MASTRULLO, « l'Allemagne, partisane du rattachement par le siège réel, est beaucoup plus exigeante dès lors qu'elle refuse en principe toute reconnaissance aux sociétés dont le siège réel et le siège statutaire sont dissociés, alors même que celles-ci se sont constituées conformément à un droit étatique ».

Tandis que pour « l'Angleterre, pays d'incorporation, une fois qu'une société s'est constituée en conformité avec le droit d'un Etat, celle-ci doit être automatiquement reconnu ». Cf. Th. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, op. cit., n° 78, p. 65.

¹⁰⁰ D'ailleurs le texte cité se trouve dans le livre 1^{er} intitulé « des personnes ». La disposition vise donc aussi la société dotée de la personnalité juridique.

¹⁰¹ L'expression même de « droits civils » a longtemps fait polémique, cf. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 68, p. 70. Il est aujourd'hui admis qu'il s'agit de tous les droits sauf ceux qui leur sont expressément refusés par le législateur. Cette interprétation a été retenue dès 1875 (cf. Cass. civ., 1^{er} février 1875, S. 1875, 1, p. 193), et a été constamment réaffirmée jusqu'à l'arrêt du 27 juillet 1948 (cf. Cass. civ., 27 juillet, 1948, p. 535) qui a posé le principe général en affirmant « qu'il est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés ». L'arrêt Cass. com. du 22 décembre 1959 précise que l'adverbe « spécialement désigne un texte écrit », puisque l'arrêt précise que le refus doit résulter « d'une disposition expresse », cf. D. Holleaux, note sous Cass. civ., 22 décembre 1959, D. 1960, p. 93 s.

¹⁰² Bien que « l'autorité publique n'intervient que pour constater et rendre opposable aux tiers la société, celle-ci étant fondamentalement l'œuvre des personnes privées fondatrices... ».

¹⁰³ Article 1 et 2 de la loi du 30 mai 1857 abrogée par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007.

jusqu'alors un handicap à l'exercice de certains droits¹⁰⁴. Cette même loi a été abrogée en 2007¹⁰⁵. En outre, la jurisprudence française¹⁰⁶, a imposé sur le fondement de l'article 6 de la CEDH l'exercice de certains droits en France par les sociétés étrangères. C'est ainsi que selon la chambre commerciale de la cour de cassation, il résulte des dispositions de la CEDH ainsi que des articles 1er et 5 du protocole additionnel à cette Convention que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, a droit au respect de ses biens et que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial. En l'espèce, la cour d'appel viole donc les articles 1ers, 14 et 6, § 1, CEDH, les articles 1ers et 5 de son protocole additionnel ensemble, l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui pour déclarer irrecevable la demande de la Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie de la Guinée, retient que cette société ne peut ester en justice, faute de satisfaire aux exigences de la loi du 30 mai 1857. Elles subordonnent le droit d'agir des sociétés étrangères à une autorisation délivrée part décret, alors que les dispositions de la CEDH et du protocole additionnel à cette Convention ont une valeur supérieure à celle de la loi du 30 mai 1857. Aussi, la chambre commerciale de la cour de cassation consacre l'usage de la Convention européenne des Droits de l'Homme pour permettre à une société étrangère dont le pays n'est pas bénéficiaire d'un texte d'ester en justice malgré la loi du 30 mai 1857. Néanmoins, il existe un précédent en la matière puisque dans un arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile le 25 juin 1991, la cour de cassation affirme l'arrêt rendu par la cour d'appel. Cette dernière s'est fondée sur « l'autorité, supérieure à la loi du 11 juin 1857, des dispositions de la CEDH et de son protocole additionnel » pour décider que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, pouvait agir en justice en France pour la protection de ses biens et intérêts¹⁰⁷. Le recours à cette convention a été employé pour la

¹⁰⁴ La loi du 24 juillet 1867 a soustrait les SA à l'obligation d'obtenir une autorisation gouvernementale mais les SA étrangères non soumises à autorisation n'échappent pas au domaine de la loi de 1857. Selon G. KHAIRALLAH, E. AUDINET a montré que « l'autorisation individuelle » abrogée par la loi du 24 juillet 1867 n'a « rien de commun avec l'autorisation collective accordée, en vertu de la loi de 1857, à toutes les sociétés d'un pays », le Gouvernement français ayant toute latitude pour apprécier l'opportunité de l'accorder ou non. Les juges ne peuvent d'eux-mêmes décidé de mettre fin à une loi, cela relève de la compétence du législateur. Cf. G. KHAIRALLAH, note sous Cass. com., 8 juillet 2003, *op. cit.*, citant E. AUDINET, *Principes élémentaires du droit international privé*, Paris, Pedone-Lauriel, 1894, n° 87 s.

¹⁰⁵ Aux termes du 4° du II de l'article 27 du chapitre V « abrogation de dispositions diverses », de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, « sont et demeurent abrogés [...] la loi du 30 mai 1857 qui autorise les sociétés belges légalement constituées à exercer leurs droits en France ».

¹⁰⁶ A titre d'exemple dans l'arrêt Cass. com., 8 juillet 2003 se posait le problème de la capacité d'ester en justice d'une société étrangère, cf. G. KHAIRALLAH, note sous Cass. com., 8 juillet 2003, *op. cit.*, p. 692 s.

¹⁰⁷ G. KHAIRALLAH, *ibid*, p. 692.

La cour de cassation précise que la cour d'appel n'a pas « empiété sur l'action réglementaire ou diplomatique du Gouvernement et elle n'a pas eu à prendre en considération les dispositions, inopérantes en la cause, de l'article 1er, alinéa 2, du protocole précité ».

première fois par la chambre criminelle de la cour de cassation le 12 novembre 1990, puis par la chambre commerciale dans un arrêt du 15 novembre 1994.

74. Cependant, la personnalité morale de la société située à l'étranger n'est reconnue en France que pour l'exercice de certains droits seulement et non pour tous. La jurisprudence française se borne à reconnaître la capacité d'ester en justice à toute personne morale, les sociétés étrangères y compris. La reconnaissance de la personnalité morale n'est alors que partielle.

75. Pourtant, l'article 293 du Traité CE prévoyait d'instaurer une reconnaissance mutuelle des sociétés au moyen d'une convention. Malgré l'invitation faite par l'article 293 du Traité CE (ex article 220 du traité de Rome) d'adopter une convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés, aucun texte n'a vu le jour, ou du moins n'a été ratifié. Cependant, il existe la convention de Bruxelles datant du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés, mais elle n'est pas entrée en vigueur faute de ratifications suffisantes¹⁰⁸. Ce texte prévoit que « les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissant : (...) la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes. »¹⁰⁹.

76. Le fait que la convention de 1968 sur la reconnaissance mutuelle ne soit pas entrée en vigueur faute de ratifications suffisantes, n'est pas un obstacle. En effet, la jurisprudence de la CJUE s'est efforcée de construire une argumentation en faveur d'une reconnaissance mutuelle des droits des sociétés étrangères rattachées à l'Union

¹⁰⁸ G. JAZOTTES, « Le transfert de siège : *statuto quo* ou revirement ? », *Bull Joly soc.*, 2008, n° 10, p. 828 S.

¹⁰⁹ Selon Th. MASTRULLO, le texte consacrait la théorie de l'incorporation, en effet, sur le modèle de l'article 48 CE, la Convention s'adresse aux sociétés constituées selon la loi d'un Etat membre et y disposant de leur siège statutaire. Cependant, l'article 3 du texte admet qu'un Etat puisse déclarer que la Convention ne bénéficiera pas aux groupements qui n'ont pas leur siège réel dans un pays de la Communauté, s'ils ne possèdent pas de « liens sérieux avec l'économie » du territoire d'un Etat membre. En outre l'article 4 de la Convention autorise tout Etat contractant à déclarer qu'il appliquera ses règles impératives aux sociétés constituées dans un autre pays membre mais dont le siège réel se situe sur son territoire. Rappelons qu'avant la Convention Bruxelles, une Convention de la Haye du 1^{er} juin 1956, « concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations, et fondations étrangères », a été signée sans toutefois entrer en vigueur. Celle-ci organise la reconnaissance des sociétés constituées dans un pays contractant et y ayant leur siège statutaire, tout en concédant aux Etats parties de siège réel la possibilité de ne pas reconnaître les personnes morales, créées conformément au droit d'un pays contractant, mais dont la direction effective se trouve sur leur sol ou sur le territoire d'un autre Etat adepte du rattachement par le siège réel. Cf. Th. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, op. cit., n° 79, p. 66, note de bas de page n° 188.

européenne. Afin d'y parvenir, elle s'est particulièrement appuyée sur le droit d'établissement, et ainsi sur les articles 49 et 54 du Traité FUE (ex 43 et 48 du Traité CE).

B) La construction jurisprudentielle de la CJUE dans la reconnaissance mutuelle des sociétés rattachées à l'Union

77. Suite aux arrêts *Centros*, *Überseering*, et *Inspire Art*¹¹⁰, la CJUE a affirmé que les dispositions nationales qui ne reconnaissent pas les sociétés constituées dans un autre Etat membre, sont contraires au droit d'établissement¹¹¹.

78. En dépit de l'absence d'une législation relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés, son principe a été mis en œuvre par la CJUE dans l'arrêt *Überseering*. En effet, le litige au principal a surtout soulevé des questions d'interprétation des articles 43 et 48 du Traité CE (actuel 49 et 54 du Traité FUE), « lus » en combinaison avec l'article 293, troisième tiret du même Traité¹¹².

79. En l'espèce¹¹³, la capacité juridique d'une société légalement constituée aux Pays Bas était niée, en application du critère du siège réel, au motif que le siège effectif avait été transféré sur le territoire allemand¹¹⁴. En revanche, contrairement à l'arrêt

¹¹⁰ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd contre Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Affaire C-212/97, Rec. p. I-1459 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, Affaire C-208/00, Rec. p. I-9919 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, Rec. p. I-10155.

¹¹¹ La notion de société au sens de l'article 48 du Traité CE et les critères de rattachement (qu'il s'agisse des critères de rattachement, que du rattachement des sociétés à l'Union) ne sauront pas être étudiés dans le cadre de ce chapitre.

¹¹² Conclusions de l'avocat général Damazo Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 4 décembre 2001, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, JCP éd. G., 2003, II, 10032, point 14.

¹¹³ En 1994, deux ressortissants allemands se sont portés acquéreurs de la totalité des parts sociales de la société *Überseering* (immatriculée aux Pays Bas). Un litige oppose la société à une société allemande au sujet de l'exécution par celle-ci de travaux immobiliers. La demande de la société *Überseering* est rejetée par les juges allemands après avoir constaté qu'à la suite de l'acquisition de ses parts le siège effectif de cette société avait été transféré en Allemagne. Selon les juges, la demanderesse (en qualité de société de droit néerlandais) ne possédait pas la capacité juridique en Allemagne, et ne peut donc pas intenter une action en justice ; pour un résumé des faits cf. R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *D.*, 2009, p. 465 s.. En effet, selon le droit allemand, la capacité juridique d'une société s'apprécie conformément au droit applicable à l'endroit où est établi son siège effectif. La société en cause ne pouvait donc être titulaire de droits et obligations à moins de se reconstituer en Allemagne, de manière à acquérir la capacité juridique au regard du droit allemand. Compte tenu du système allemand de rattachement des sociétés, la société *Überseering* ne répondait pas aux conditions, pour que sa capacité juridique soit reconnue en Allemagne, cf. M. LUBY, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *Bull. Joly*, 2003, p. 452, n° 4 ; J.- Ph. DOM, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *Rev. soc.*, 2003, p. 315 s.

¹¹⁴ G. JAZOTTES, « Le transfert de siège : *statuto quo* ou revirement ? », *op. cit.*, p. 828.

Centros, la dissociation du siège statutaire et effectif est la conséquence de l'acquisition de la totalité des parts de cette société, par des ressortissants allemands, et non d'une succursalisation.

80. Les principales questions préjudicielles déférées à la CJUE sont les suivantes : « les articles 43 et 48 CE doivent-ils être interprétés en ce sens que la liberté d'établissement des sociétés s'oppose à ce que la capacité juridique et la capacité d'ester en justice d'une société légalement constituée en vertu du droit d'un État membre, soient appréciées au regard du droit d'un autre État dans lequel ladite société a transféré son siège effectif lorsqu'il résulte de ce droit qu'elle ne peut plus faire valoir en justice dans l'État d'établissement les droits tirés d'un contrat » ?

81. En cas de réponse positive à cette question, « la liberté d'établissement des sociétés (articles 43 et 48 CE) impose-t-elle d'apprécier la capacité d'ester en justice d'une société au regard du droit de l'État où elle a été constituée »¹¹⁵ ?

82. Selon la CJUE, l'application des articles 43 et 48 du Traité CE (articles 49 et 54 du Traité FUE) impose à l'Etat membre d'accueil de respecter la capacité juridique de la société attribuée par le droit de l'Etat de constitution. L'absence de convention relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés, adoptée sur le fondement de l'article 293 du Traité CE, ne limite pas le plein effet de ces articles¹¹⁶. En effet, l'absence de textes en matière de reconnaissance mutuelle ne contrarie pas l'application du droit d'établissement¹¹⁷. Par ailleurs, la CJUE indique dans son arrêt que malgré la généralité des termes employés, au point 23 de l'arrêt *Daily Mail*, selon lequel les problèmes non résolus par les règles du traité relatives à la liberté d'établissement, doivent l'être par des travaux législatifs ou conventionnels¹¹⁸. Elle ne reconnaît pas aux Etats membre la faculté de subordonner au respect de leur législation (« droit national des sociétés ») l'exercice effectif, sur leur territoire, de la liberté d'établissement par des sociétés, valablement

¹¹⁵ Conclusions de l'avocat général Damazo Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 4 décembre 2001, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, point 15.

¹¹⁶ CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, point 60 de l'arrêt.

¹¹⁷ La prérogative des Etats de ne pas reconnaître une société étrangère ne prime pas sur la liberté d'établissement *cf.* M. LUBY, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, p. 452

¹¹⁸ CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, point 69 de l'arrêt.

constituées dans d'autres Etats membres, dont ils considèrent qu'elles ont transféré leur siège sur ledit territoire¹¹⁹.

83. Ensuite, tout comme l'a relevé l'avocat général Damazo Ruiz-Jarabo Colomer dans ses conclusions¹²⁰, il est clairement affirmé par la CJUE que l'article 293 du Traité CE ne constitue pas une réserve de compétence législative. En effet, cette disposition a pour but de faciliter la solution des problèmes résultant de la disparité des législations relatives à la reconnaissance mutuelle des sociétés, et au maintien de leur personnalité juridique en cas de transfert transfrontalier de leur siège. Cependant, précise la CJUE, cette invitation lancée aux Etats membres à négocier en la matière, ne sert que dans l'hypothèse où les dispositions de l'article ne permettent pas de réaliser les objectifs du Traité¹²¹. Une mesure contraire irait à l'encontre de l'existence d'un marché intérieur¹²².

84. La reconnaissance mutuelle des sociétés germe déjà dans l'arrêt *Centros*. Cette notion semble apparaître dans les points 19 et 20¹²³, mais elle est désormais confirmée¹²⁴. En effet, cette question est réglée sur le terrain du libre établissement¹²⁵.

¹¹⁹ CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, point 72 de l'arrêt ; M. LUBY, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, p. 452 spéci. n° 4. Selon les termes du point 73 de l'arrêt *Überseering*, il ne peut être déduit de l'arrêt *Daily Mail*, que « lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre et y jouissant de la personnalité juridique exerce sa liberté d'établissement dans un autre Etat membre, la question de la reconnaissance de sa capacité juridique et de sa capacité d'ester en justice dans l'Etat membre d'établissement ne relève pas des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement, « quand bien même cette société serait réputée, en application du droit de l'Etat membre d'établissement, avoir transféré son siège effectif dans cet Etat ».

¹²⁰ « [...] l'article 293 CE se limite à inviter les États membres à engager des négociations, qui plus est, uniquement « tant que de besoin ». Par conséquent, l'article 293 CE ne constitue pas une véritable réserve législative, mais peut davantage être comparé à un avertissement aux États membres afin qu'ils surmontent les problèmes inévitables résultant de la disparité des législations relatives à la reconnaissance réciproque des sociétés, au maintien de leur personnalité juridique en cas de transfert transfrontalier du siège et aux fusions », cf. Conclusions de l'avocat général Damazo Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 4 décembre 2001, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *JCP éd. G*, 2003, II, 10032, point 42.

¹²¹ CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, point 54 de l'arrêt.

¹²² M. MENJUCQ, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *JCP éd. E*, 2003, p. 448 s.

¹²³ M. LUBY, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, p. 452 s.

¹²⁴ D'ailleurs, tout comme dans l'arrêt *Centros*, l'arrêt *Überseering*, sont en cause « les exigences de la loi d'un Etat membre autre que celui où la société a été constituée, qui prétend, dans certaines circonstances, être en droit de subordonner l'exercice de l'activité de cette société sur son territoire à sa dissolution dans son Etat d'origine suivie de sa reconstitution selon son propre droit », R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 465 s.

¹²⁵ M. LUBY, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, p. 452 s. ; R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans

85. Toutefois, B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel¹²⁶ voyaient déjà dans leurs articles une reconnaissance mutuelle implicite des sociétés, ainsi qu'une solution conventionnelle¹²⁷. Par ailleurs, tout comme M. LUBY, on peut se demander comment soutenir que la « liberté d'établissement n'implique pas la reconnaissance des sociétés, en tant que sujets de droits, par tout Etat membre dans lequel elles souhaitent s'établir » ?

86. Néanmoins, d'aucuns diront qu'une personne morale n'existe qu'au regard d'un ordre juridique national qui lui confère le droit à une existence juridique¹²⁸. L'existence effective de ce droit serait alors subordonnée à la reconnaissance préalable de la dite personne morale par le droit interne des Etats membres, autres que celui auquel elle est rattachée par sa constitution selon les règles de cet Etat. Cependant, contrevenir à la reconnaissance d'une société créée selon la législation d'un autre Etat membre, revient à aller à l'encontre du principe de la liberté d'établissement¹²⁹ ; or « l'exercice de la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance des dites sociétés par tout Etat membre dans lequel elles souhaitent s'établir ».

87. Un Etat d'accueil ne peut donc plus contester l'existence d'une société régulièrement constituée et immatriculée dans un autre Etat membre. D'autant que la société n'a pas perdu sa personnalité selon la loi nationale qui a présidé à sa constitution¹³⁰.

l'espace européen », *op. cit.*, p. 465 s., « la CJCE [...] s'engage pour les besoins de l'effectivité de la liberté d'établissement, dans la voie de la reconnaissance de la personnalité juridique de la société ».

¹²⁶ B. GOLDMAN, A. LYON CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 5 éd., 1994, n° 101, p. 119, cf. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997.

¹²⁷ M. LUBY, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, p. 452 ; J.- Ph. DOM, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, p. 315 ; M. MENJUCQ, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *op. cit.*, p. 448.

¹²⁸ Renvoi à la théorie de la fictivité et de la réalité de la personne morale, voir *infra*.

¹²⁹ « Les exigences du droit allemand équivalent « à la négation même de la liberté d'établissement » puisque l'existence de la société en cause « est consubstantielle à sa qualité de société de droit néerlandais, dans la mesure où [...] une société n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement » ; CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, point 82 de l'arrêt ; R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 465 s.

« Lorsque, *ab initio*, en vertu de l'arrêt *Centros*, ou en cours de vie sociale, en vertu de l'arrêt *Uberseering*, il n'y a pas ou plus coïncidence dans le même Etat membre des sièges statutaire et réel, un Etat membre n'est pas en droit de sanctionner cette situation de fait par le refus de reconnaître la personnalité morale de la société en cause », cf. M. MENJUCQ, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *op. cit.*, p. 448 s.

¹³⁰ M. MENJUCQ, *ibid*, p. 448.

88. L'article 48 du Traité CE organise le principe de reconnaissance mutuelle par renvoi aux critères du siège statutaire ou du siège réel connus par les droits nationaux. Aussi, sur le fondement de cet article, la CJUE a déclaré incompatible une législation déniait la capacité juridique et notamment la capacité d'ester en justice à une société. Alors même que son siège statutaire se situe dans un autre Etat membre, la société est réputée avoir transféré son siège effectif dans l'Etat membre par l'acquisition de la totalité des parts sociales par des ressortissants de cet Etat. Par conséquent, une telle législation est contraire au principe de reconnaissance mutuelle des personnes morales dès lors que l'Etat du siège statutaire de la société ne la prive pas de sa personnalité juridique.

89. Une législation déniait la capacité juridique (et notamment la capacité d'ester en justice) à une société ayant son siège statutaire dans un autre Etat membre, est incompatible d'une part avec le principe d'établissement, d'autre part au principe de la reconnaissance mutuelle des personnes morales. Dès lors que l'Etat du siège statutaire et la société ne l'a pas privé de sa personnalité juridique. En outre, les raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou encore du fisc, ne peuvent justifier que soient déniées la capacité juridique¹³¹. Les Etats membres doivent respecter la capacité juridique que la société possède, en vertu de son Etat de constitution et Etat membre d'origine¹³².

90. Par ailleurs, dans l'arrêt *Uberseering* précédemment évoqué, ce qui interpelle le plus, ce n'est pas la reconnaissance de la capacité d'ester en justice d'une société, par un Etat membre, autre que celui auquel la société est rattachée juridiquement. Mais le raisonnement juridique sur lequel il s'appuie. Les dispositions nationales portant atteinte (ou faisant obstacle) à la reconnaissance d'une société constituée valablement dans un autre Etat membre, sont contraires aux articles 43 et 48 du Traité CE relatifs à la liberté d'établissement. D'abord, l'article 48 du Traité CE (ex 58) assimile les personnes morales aux personnes physiques dans le bénéfice des dispositions relatives à la liberté d'établissement. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 48 du Traité CE, « les sociétés

¹³¹ CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, points 92 et 93 de l'arrêt.

¹³² Dans l'affaire *Uberseering* l'Etat d'accueil, l'Allemagne, imposait sa qualification de transfert de siège social effectif à une cession de contrôle et obligeait une société valablement créée aux Pays-Bas à se reconstituer, selon les règles du droit allemand, pour pouvoir ester en justice dans cet Etat. L'Etat d'accueil ne prenait donc pas, en considération l'existence de la société, valablement constituée selon son ordre juridique d'origine. Il interdisait aussi au nom d'un critère de rattachement abstraitement déterminé, toute existence indépendante de sa consécration dans l'ordre juridique d'accueil.

constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres »¹³³. Le chapitre en référence à ce texte, est celui qui traite de la liberté d'établissement¹³⁴. Ensuite, l'article 43 du Traité CE dispose que « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre ». Enfin, la liberté d'établissement entre autre chose « la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ». En conséquence, les personnes morales n'existent qu'au regard d'un ordre juridique national, qui leurs confère le droit à une existence juridique¹³⁵. L'acquisition et le maintien de la personnalité juridique d'une société, relève seulement de l'Etat membre auquel elle est rattachée.

91. Ainsi, grâce au raisonnement tenu par la CJUE, les sociétés d'essence européenne¹³⁶ peuvent, *a priori*, exercer les mêmes droits que ceux conférés aux sociétés nationales¹³⁷ dans tout autre Etat membre. Un Etat membre ne peut interdire à une société toute existence indépendante de sa consécration dans l'ordre juridique d'accueil. Par conséquent, l'Etat d'accueil d'une société constituée en conformité de la loi d'un autre Etat membre, ne peut s'opposer à sa reconnaissance en vertu du droit d'établissement¹³⁸. Les dispositions nationales qui ne reconnaissent pas les sociétés valablement constituées dans un autre Etat membre au sens de l'article 48 du Traité CE¹³⁹¹⁴⁰, sont contraires à cet

¹³³ L'alinéa 2 de ce même article traite des personnes pouvant bénéficier de cette mesure. Voir supra.

¹³⁴ Il s'agit du chapitre 2, titre 3 du Traité CE.

¹³⁵ Renvoi à la théorie de la fictivité et de la réalité de la personne morale.

¹³⁶ On entend par là une société constituée dans un Etat membre et rattachée à l'Union européenne, au sens de l'article 48 du Traité.

¹³⁷ Sauf fraude et dans les limites de ce qui est autorisé, la CJUE ne se substitue pas à la Commission européenne.

Voir supra.

¹³⁸ M. MENJUCQ, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *op. cit.*, p. 448. Cf, point 76 de l'arrêt, « *Überseering* est en droit de se prévaloir de la liberté d'établissement pour s'opposer au refus du droit allemand de la considérer comme une personnalité juridique ayant la capacité d'ester en justice ».

¹³⁹ L'article 48 du Traité CE assimile les personnes morales aux personnes physiques dans le bénéfice des dispositions relatives à la liberté d'établissement. Et aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 48 du Traité CE, « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur

article et à l'article 43 du même Traité¹⁴¹. Le pays d'accueil ne peut pas s'opposer à la reconnaissance de la personnalité juridique acquise dans un autre pays membre.

92. La jurisprudence de la CJUE facilite le transfert intra-européen du siège social, car elle oblige les pays d'accueil à reconnaître sans réserve le transfert de sociétés régulièrement constituées dans un autre Etat membre. Cependant, cette solution s'impose qu'au seul pays d'accueil. La jurisprudence ne s'oppose pas à ce que le pays d'origine entrave le départ de ses sociétés¹⁴².

93. En conséquence, l'Etat membre d'accueil ne peut pas refuser d'immatriculer une succursale d'une société immatriculée dans un autre Etat membre, alors même qu'elle n'exerce aucune activité dans l'Etat d'immatriculation et que le montage a pour but exclusif d'éluder l'application du droit des sociétés de l'Etat de la succursale¹⁴³. Les sociétés peuvent dissocier les sièges statutaires et réels¹⁴⁴. En outre, une société peut distinguer ses sièges réel et statutaire dans deux Etats membres différents, tout en conservant son rattachement à son Etat d'origine. Une telle affirmation n'est pas sans conséquences, notamment en termes de loi applicable aux sociétés initiatrices d'opérations transfrontalières, elles font notamment l'objet de l'arrêt *Inspire Art*¹⁴⁵.

administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté » se voient appliquées les dispositions du droit relatif au droit d'établissement.

¹⁴⁰ Pour que les dispositions relatives au droit d'établissement soient applicables à une société il faut d'une part qu'elle soit valablement constituée dans un Etat membre, et d'autre part que leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement soit à l'intérieur de l'Union. L'alinéa 1^{er} de l'article 48 du Traité CE organise un double rattachement.

¹⁴¹ Aux termes de l'article 43 du Traité CE, « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre.

La liberté d'établissement entre autre chose la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ».

¹⁴² V. MAGNIER, « Mobilité des sociétés et liberté d'établissement : le point de vue », *op. cit.*, p. 28.

¹⁴³ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd contre Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Affaire C-212/97, Rec. p. I-1459

¹⁴⁴ H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », in *Colloque Gavalda : Incidence des normes européennes sur le droit français des sociétés*, Rev. soc., 2005, p. 81 s.

¹⁴⁵ Voir supra.

§ 2 : Les difficultés liées au changement de loi applicable lors d'une fusion transfrontalière et d'un transfert de siège social dans un autre Etat membre

94. Les difficultés liées au changement de loi applicable, ne se retrouvent pas nécessairement dans toutes les opérations transfrontalières. En effet, le conflit mobile dans un transfert de siège social dans un autre Etat membre (**A**) est inhérent à la nature de l'opération et se rencontre systématiquement lors de ce transfert. En revanche, le conflit mobile dans une fusion transfrontalière (**B**) n'apparaît pas systématiquement.

A) Le conflit mobile dans les opérations de transfert de siège social

95. Le principal obstacle aux opérations de transfert et de fusion transfrontalière est lié au risque de changement de loi applicable, conséquence inhérente à ces opérations. En effet, elles entraînent une modification de la loi applicable et requiert que l'opération soit décidée à l'unanimité des associés ; du fait du risque d'augmentation des engagements des dits associés¹⁴⁶.

96. Les associés d'une société, que ce soit à l'occasion d'un transfert de siège social ou d'une fusion transfrontalière, perdent le bénéfice de la loi en vertu de laquelle ils se sont engagés¹⁴⁷. L'absence de changement de nationalité d'une société qui disparaît n'est pas remise en cause¹⁴⁸. En revanche, le changement occasionné aux associés par ces opérations est indéniable. Ce changement fonde l'exigence d'une décision des associés à l'unanimité¹⁴⁹, puisque chacun des associés s'est engagé dans la société par la loi ayant présidé à leur engagement¹⁵⁰. Ce dernier est soumis à un conflit mobile.

¹⁴⁶ Une telle modalité serait due au changement de loi applicable et pour certains à un changement de nationalité de la société. Les problèmes liés au changement de nationalité des sociétés seront traités dans le cadre des difficultés propres au transfert de siège. Voir infra n° 147 et s.

¹⁴⁷ M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., n° 82, p. 57. ; G. BEITZKE, « Les conflits de lois en matière de fusions de sociétés (droit et droit international privé) », *Rev. Crit. DIP*, 1967, p. 1 s. ; H. SYNDET, « Enfin la société européenne ? », *RTDE*, 1990, p. 253 s., spéc. p. 261, note 17.

¹⁴⁸ B. GOLDMAN déduit de l'absence de continuité de la personne juridique, l'absence de corrélation entre les questions relatives à la fusion transfrontalière et au transfert de siège social, cf. B. GOLDMAN, « Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes », *RTDE*, 1974, p. 468.

¹⁴⁹ Voir infra n° 253, pour l'impact du risque d'augmentation des engagements des associés à l'occasion de ces opérations transfrontalières dans la prise de décision.

¹⁵⁰ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 312, p. 334. ; H. SYNDET, « Enfin la société européenne ? », op. cit., p. 253. Ils considèrent aussi que les opérations transfrontalières doivent être prises à l'unanimité des associés.

97. Le conflit mobile est caractérisé lorsqu'il existe une modification du point de rattachement pour un même support donné¹⁵¹. Le facteur de rattachement peut être défini comme un élément de fait qui lie une situation à un Etat déterminé. Cela justifie sa soumission au droit de cet Etat. L'engagement de l'associé est soumis au droit de l'Etat auquel la société est rattachée. Cet engagement est bien relatif à deux lois successives et à un conflit mobile. Le changement de loi applicable à l'engagement des associés justifie l'exigence de l'unanimité comme lors du transfert. Effectivement, le transfert de siège de la société entraîne un conflit mobile puisque le siège social détermine la loi applicable. L'élément de rattachement juridique de la société est modifié, en soumettant successivement cette dernière à deux systèmes juridiques différents¹⁵². Le transfert de siège¹⁵³ entraîne, en principe, un changement de loi applicable, ce qui justifie l'exigence de l'unanimité.

98. Toutefois, concernant le transfert du siège social d'une SA vers un Etat étranger, la législation française prévoit que l'Assemblée générale extraordinaire de la SA décide ce transfert aux conditions de quorum et de majorité requises, pour les modifications statutaires¹⁵⁴. Afin de pouvoir bénéficier de ces conditions avantageuses, il existe un prérequis. Il s'agit de l'existence d'une convention spéciale, maintenant la personnalité morale de la société, permettant ainsi à cette entité d'acquérir la nationalité du pays d'accueil¹⁵⁵. A défaut d'une convention spéciale, le transfert ne peut être décidé à la majorité qualifiée. Pourtant, à l'exception du Traité franco-éthiopien du 12 novembre 1959, relatif au nouveau statut de la Compagnie de chemin de fer de Djibouti à Addis-Abeba, il n'existe aucune autre convention spéciale.

¹⁵¹ Le problème dit du conflit mobile surgit toutes les fois qu'à la suite d'une modification de l'élément localisateur d'une situation d'après la règle de conflit à elle applicable, l'on est conduit à hésiter entre la compétence de la loi telle qu'elle résulte de l'élément localisateur avant sa modification ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé, Précis* Dalloz, 9^e édition 2007, n° 225-1, p. 288, cité par Th. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, op. cit., n° 100.

¹⁵² M. MENJUCQ répertorie trois positions par rapport au déplacement de l'élément de rattachement. Deux d'entre elles consistent à supprimer le conflit mobile, en organisant la survie de la loi d'origine ou en faisant rétroagir la loi nouvelle. Comme le fait très justement remarquer cet auteur, « l'application immédiate de la loi nouvelle reconnaît le conflit mobile et paraît être la solution la plus adaptée à la réalité du transfert car elle consacre l'intégration de la société dans un milieu économique et juridique nouveau », cf. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., n° 85, p. 58.

¹⁵³ On entend par siège aussi bien le siège social réel que statutaire, voir infra.

¹⁵⁴ Aux termes de l'article L 225-97 du Code de commerce, « l'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique ».

¹⁵⁵ Certaines législations n'exigent qu'une majorité simple ou qualifiée, pour certains types de sociétés, d'autres imposent en toute hypothèse l'unanimité des associés, M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., n° 109, p. 75.

99. Cependant l'unanimité des associés peut suppléer l'absence de convention¹⁵⁶, puisqu'il s'agit de la condition générale pour les autres types de sociétés. En effet, aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L 222-9 du Code de commerce, les associés d'une société en commandite simple ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société. C'est aussi le cas pour les associés d'une SARL, selon l'alinéa 1^{er} de l'article L 223-30 du Code de commerce, ainsi que les associés d'une SAS, puisque les Etats membres ne connaissent que rarement des formes nationales équivalentes à la SAS. Le transfert de siège conduit presque systématiquement à la modification des clauses statutaires autorisées, la décision ne peut être votée qu'à l'unanimité des associés¹⁵⁷.

100. De surcroît, le transfert de siège social avec changement de loi applicable entraîne le changement de nationalité de la société¹⁵⁸. En conséquence, même s'il n'existe pas de texte explicite en matière de transfert de siège des autres formes sociales, les dispositions relatives au changement de nationalité s'appliquent au transfert de siège avec changement de loi applicable¹⁵⁹. Une réponse établit par le Ministère de la Justice, le 3 juillet 1973, lève toute incertitude en matière de décision par les associés de transfert de siège d'une SA, avec changement de loi applicable, en l'absence d'une convention spéciale¹⁶⁰. La décision doit être prise à l'unanimité des associés.

101. Par conséquent, cette dernière est maintenue, tant que les conditions atténuant les effets d'une opération transfrontalière, à l'égard des associés, ne sont pas réunies. Selon G. Beitzke¹⁶¹, il s'agit de l'exercice effectif des droits à l'étranger, de la garantie de l'exécution réciproque des jugements et enfin l'équivalence de protection à l'égard des associés pour le droit des sociétés. Ce, dans le cadre de l'harmonisation de ces droits au

¹⁵⁶ H. LE NABASQUE, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », *op. cit.*, p. 417 s., spéc. p. 429 ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op. cit.*, n°109, p. 76.

¹⁵⁷ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 440, p. 435.

¹⁵⁸ Voir supra.

¹⁵⁹ Comme le fait remarquer J. BEGUIN, la majorité des internationalistes les interprètent de la même façon, cf. J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », *op. cit.*, p. 43 s.

¹⁶⁰ « Le législateur n'a certainement pas voulu interdire que joue la règle normale de l'unanimité lorsqu'il s'agit de décisions fondamentales comme, par exemple, celle décidant le transfert du siège social dans un pays étranger » ; la majorité des internationalistes les interprètent de la même façon, cf. J. BEGUIN, *ibid*, p. 43 s.

¹⁶¹ G. BEITZKE, « Les conflits de lois en matière de fusions de sociétés (droit européen et droit international privé) », *op. cit.*, p. 1 s.

sein des Etats membres. Les deux premières conditions sont réunies¹⁶² mais la dernière semble encore faire défaut¹⁶³.

102. Pour autant, le Règlement SE qualifie le transfert de siège social comme une modification statutaire. Le § 6 de l'article 8 du Règlement renvoie à l'article 59 de ce même texte. Ce dernier renvoie aux législations nationales pour connaître les modalités de vote de décision de transfert¹⁶⁴. Comme toute modification statutaire, le transfert doit être voté à la majorité des deux tiers. Les conséquences ne sont donc pas les mêmes que celles qui ont été précédemment explicitées.

103. Pourtant, de même que le changement de loi applicable occasionné lors du transfert du siège social d'une SA peut conduire à un risque d'augmentation d'engagements des associés, le transfert du siège social d'une SE conduisant à un changement de loi applicable peut conduire à un même risque. La SE, selon le lieu du nouveau siège, garantit peut être moins bien les droits des associés minoritaires¹⁶⁵. En conséquence, la loi applicable à la société change nécessairement du fait du transfert de siège social vers un autre Etat. La loi qui lui sera applicable sera celle du nouveau lieu de son siège social, ce qui induit un risque d'augmentation des engagements des associés.

104. Lors d'une fusion transfrontalière, ce risque n'est pas systématique, puisque l'engagement des associés¹⁶⁶ n'est pas nécessairement soumis à une nouvelle loi.

¹⁶² L'auteur rappelle que « le démantèlement du contrôle des changes pour les investissements directs ou indirects en vertu de la directive n° 88/361 du 24 juin 1988 (JOCE, n° L 178 du 8 juillet 1988), les rapprochements structurels des entreprises pour lutter contre la concurrence internationale et de façon plus générale la mise en œuvre du marché unique ainsi que l'incitation subséquente à l'établissement secondaire des entreprises font que, dans la pratique, l'exercice à l'étranger des droits des actionnaires ne pose pas de difficultés suffisamment importantes pour empêcher » les opérations transfrontalières. Cf. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., p. 187.

En ce qui concerne la garantie de l'exécution réciproque des jugements, elle est assurée par la Convention de Bruxelles du 27 mars 1968, modifiée le 26 mai 1989.

¹⁶³ Voir en infra, l'étude de la protection des droits des actionnaires minoritaires.

La protection des créanciers et des salariés des sociétés prenant part à l'opération, justifient également les obstacles dans la mise en place de ces opérations. Voir infra n° 336 s. et 364 s.

¹⁶⁴ Une large manœuvre est laissée en la matière. Pour en connaître les modalités voir infra.

¹⁶⁵ La SE est dite à géométrie variable, en ce sens que les caractéristiques de cette forme sociale varie selon l'Etat dans lequel elle se situe, voir infra.

¹⁶⁶ Après un transfert de siège social, la société est soumise à une nouvelle loi applicable. Tandis qu'après une fusion transfrontalière c'est l'engagement des associés qui peut être soumis à une loi applicable. Voir infra n° 105 s.

B) Le conflit mobile dans les opérations de fusions transfrontalières

105. Une société participant à une fusion transfrontalière n'est jamais soumise successivement à deux lois, dans le cas où la société absorbée disparaît et que la société absorbante, ou la société nouvelle, est régie par la loi ayant présidé à sa constitution. En revanche, l'engagement des associés est soumis lui à deux lois successives. Leurs engagements sont soumis à un conflit mobile¹⁶⁷, puisque les associés deviennent obligatoirement, et de plein droit, membres de la société, continuant leurs engagements pris avec la société dissoute¹⁶⁸. Il n'y a donc pas dualité d'engagements.

106. D'une part, dans le cadre d'une fusion absorption, il faut distinguer les associés de la société absorbée et ceux de la société absorbante. Dans le premier cas de figure, l'engagement des associés de la société absorbée peut augmenter, il sera soumis à la loi applicable à la société absorbante. En conséquence, le consentement de tous les associés est exigé. En effet, le changement de loi applicable de la société¹⁶⁹, du fait de son absorption par une société dont le siège est situé dans un autre Etat, justifie l'exigence d'une unanimité des associés pour la prise de décision de l'opération. L'engagement des associés étant soumis à deux lois successives¹⁷⁰, chacun d'entre eux doit donc pouvoir consentir à ce changement de loi applicable, au contrat de société.

¹⁶⁷ Un conflit mobile suppose la modification du point de rattachement pour un même support donné, cf. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 312, p. 335 ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., n° 87, p. 60 ; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, tome 1, LGDJ, 8^e éd., 1993, n° 318 et s. ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, op. cit., n° 250.

¹⁶⁸ Il existe « un problème identique à celui du transfert de siège, surtout si l'on se situe par rapport aux associés qui, dans un cas comme dans l'autre, perdent le bénéfice de la loi en vertu de laquelle ils se sont engagés », cf. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., n° 82, p. 57 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 312, p. 335.

Selon G. BEIZTKE, « dans le cas de la fusion, la société à absorber doit terminer son existence dans son pays d'origine selon son propre statut personnel. Mais il s'agit pour elle de poursuivre désormais les buts sociaux à l'étranger par le moyen de la participation à la société absorbante, et cela pose des problèmes analogues à ceux du transfert de siège », cf. G. BEIZTKE, « Les conflits de lois en matière de fusions de sociétés (droit et droit international privé) », *Rev. Crit. DIP*, 1967, p. 1 s. Dans le même sens, H. SYNDET, « Enfin la société européenne ? », op. cit., p. 253 s., spéc. p. 261, note 17.

¹⁶⁹ Il ne semble pas qu'il y ait de changement de nationalité puisque la société est dissoute. Soit parce qu'elle est absorbée soit parce qu'elle disparaît lors de la création d'une société nouvelle issue de l'opération.

Il faut préciser dès à présent qu'une fusion suppose la réunion de trois éléments constitutifs. La dissolution d'au moins une des sociétés, la transmission universelle de son patrimoine et de ce fait l'acquisition de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, par les associés des sociétés qui disparaissent.

¹⁷⁰ Leurs engagements sont soumis à un conflit mobile, M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 335.

Un conflit mobile suppose une modification du point de rattachement pour un même support donné. L'engagement des associés est bien soumis à ce conflit, puisque les associés deviennent de plein droit associés membres de la société bénéficiaire des apports et qu'ils poursuivent ainsi leur engagement.

107. En revanche, dans le second cas de figure, la fusion transfrontalière n'occasionne pas de changement de loi applicable. La décision des associés de la société absorbante n'a pas besoin d'être prise à l'unanimité.

108. D'autre part, dans le cadre d'une fusion avec constitution de société nouvelle, c'est au cas par cas. L'engagement des associés ne va pas augmenter si le lieu d'immatriculation de la société issue de cette fusion, est celui du lieu de la société disparue.

109. Quant à la création d'une SE par voie de fusion, le Règlement ne précise ni le quorum, ni la majorité requise, pour y aboutir. Ainsi, chaque société promouvant l'opération, est soumise à la législation applicable à la fusion de SA de l'Etat dont elle relève. C'est le cas pour toutes les modalités de constitution d'une SE par voie de fusion non couvertes, ou partiellement couvertes par le Règlement¹⁷¹.

110. En droit français, lorsqu'une fusion (interne) intervient entre SA, la décision des actionnaires est soumise aux conditions requises pour la modification des statuts par l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés qui participent à l'opération¹⁷². Aux termes de l'article L 225-96 alinéa 3 du Code de commerce, elle statue à la majorité des deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés¹⁷³. Sauf si la fusion aboutit à une augmentation de leurs engagements primitifs¹⁷⁴.

111. Depuis que la directive européenne de 2005 relative aux fusions transfrontalières, a été transposée en France par la loi de 2008, la prise de décision de l'opération ne devra plus se faire à l'unanimité des associés¹⁷⁵. L'opération ne se heurte

¹⁷¹ Aux termes de l'article 18 du Règlement SE, pour les matières non couvertes par la présente section ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par elle, chaque société participant à la constitution d'une SE par voie de fusion est soumise aux dispositions du droit de l'État membre dont elle relève qui sont applicables à la fusion de SA conformément à la directive 78/855/CEE. Cet article renvoie aux dispositions du droit de l'État membre dont elle relève qui sont applicables à la fusion de SA.

¹⁷² Articles L 236-2 alinéa 2 et L 236-9 alinéa 1^{er} Code de commerce.

¹⁷³ Le quorum est traité au 2^{ème} alinéa, « elle ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés ».

¹⁷⁴ C'est ce qu'il ressort des articles L 236-5 et L 225-96 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

¹⁷⁵ Bénéficiant du dispositif issu de la directive du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières, la décision unanime des associés n'est plus requise en matière de fusions transfrontalières. Elle est prise comme pour une fusion interne, dans les conditions prévues pour la modification des statuts. C'est ce qu'il

donc plus à aucun obstacle juridique de principe¹⁷⁶. En revanche, cette unanimité est toujours requise dans les transferts de siège sociaux transfrontaliers.

112. D'autres problématiques existent et peuvent entraver la possibilité de mettre en œuvre une fusion transfrontalière entre SA ou un transfert de siège social d'une SA dans un autre Etat membre des opérations transfrontalières. Elles diffèrent selon l'opération envisagée.

Section 2 : Les problématiques distinctes de la fusion transfrontalière entre SA et du transfert de siège social d'une SA dans un autre Etat membre

113. Les difficultés propres à chacune des opérations transfrontalières résultent d'une part des conflits de lois occasionnés lors d'une fusion transfrontalière, du moins jusqu'à la transposition de la dixième directive (§ 1), et d'autre part de la question de la survie de la personnalité morale de la société à l'issue du transfert de son siège social dans un autre Etat (§ 2).

§ 1 : Les spécificités liées à la fusion transfrontalière

114. Par essence, une fusion transfrontalière peut être entravée, en raison, d'une part, des conflits de lois occasionnés lors d'une fusion transfrontalière (**A**), et d'autre part, par l'absence de reconnaissance mutuelle des entités issues de cette même opération (**B**).

résulte du nouvel article L 236-25 du Code de commerce. Ce dernier dispose que les sociétés de capitaux immatriculées en France opèrent aux fusions transfrontalières dans les conditions prévues aux dispositions relatives aux fusions transfrontalières des articles L 236-32, ainsi qu'à celles non contraires aux sections 1 et 32 du chapitre sur les fusions nationales.

Voir infra pour plus de précisions.

¹⁷⁶ La question du changement de loi applicable en cas de fusion transfrontalière est importante car « elle conditionne l'admission plus ou moins aisée de la validité des fusions transfrontalières », cf. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., n° 82, p. 57.

Ainsi, si l'opération ne se heurte à aucun obstacle juridique de principe, il suffit simplement de régler les conditions techniques de sa mise en œuvre.

A) Les conflits de lois occasionnés lors d'une fusion transfrontalière

115. Jusqu'à l'adoption de la dixième directive, la réalisation d'une fusion transfrontalière entre SA dépendait exclusivement de la conception par les Etats du droit international privé. En effet, elle exigeait l'accord des lois des Etats de toutes les sociétés participantes. Ainsi, les praticiens devaient s'assurer en premier lieu que la loi régissant une société participante n'ignorait pas la technique en cause, sans quoi la mise en œuvre de la technique de fusion transfrontalière était impossible.

116. Le législateur européen a mis en place un travail d'harmonisation, notamment en matière de droit des sociétés des Etats membres. La troisième directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 portant sur les fusions internes des sociétés anonymes, en est un exemple. En effet, la fusion est définie par la directive comme étant un apport, rémunéré par un échange de droits sociaux et une opération s'accompagnant d'une transmission universelle du patrimoine. Ceci entraînant la dissolution sans liquidation de la société absorbée¹⁷⁷. Cette directive harmonise donc les critères de la fusion interne. En revanche, la possibilité d'une opération transfrontalière n'y est pas traitée.

117. En conséquence, la transposition de la troisième directive dans tous les Etats membres, n'oblige pas les Etats à offrir aux sociétés un cadre facilitant la mise en œuvre d'opération transfrontalière. Cette opportunité est laissée à la libre appréciation des Etats.

118. Ainsi, jusqu'à l'arrivée de la dixième directive 2005/56/CE, il fallait s'assurer que le droit national, de chacune des sociétés participant à l'opération, reconnaisse l'existence des sociétés soumises à la législation d'un autre Etat¹⁷⁸. Puis,

¹⁷⁷ H. LE NABASQUE, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », *op. cit.*, 1997, p. 429.

Selon l'article 3 de la directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, est considérée comme fusion par absorption l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux actionnaires de la ou des sociétés absorbées d'actions de la société absorbante et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.

Selon l'article 4 de la directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, est considérée comme fusion par constitution d'une nouvelle société l'opération par laquelle plusieurs sociétés transfèrent à une société qu'elles constituent, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution à leurs actionnaires d'actions de la nouvelle société et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.

¹⁷⁸ Cf. J.-J. CAUSSAIN, « Fusions transfrontalières », *JCP éd. E*, n° 21, 1999, p. 897 s.

Rappelons seulement que malgré l'absence d'un régime de reconnaissance réciproque de sociétés, la consitution de la société dans un Etat membre, suffit à rendre son existence valable. Voir supra.

s'assurer que les législations dont les sociétés participantes relèvent, ne contiennent pas de dispositions ayant pour effet ou pour objet de s'y opposer¹⁷⁹. En d'autres termes, la législation de l'Etat membre ne doit pas s'opposer à ce qu'une de ses sociétés puisse absorber la société d'un autre Etat membre, ou participer à la constitution d'une nouvelle société immatriculée dans un autre Etat membre. La loi applicable de l'autre société concernée ne doit pas non plus s'y opposer¹⁸⁰.

119. A titre d'exemple, le droit anglais connaît conformément à la troisième directive, la notion de transmission universelle du patrimoine mais ne l'applique qu'en matière de fusion interne¹⁸¹. Une société française peut, elle, absorber une autre société, si la loi applicable dont elle relève ne s'oppose pas à cette absorption. En revanche une société française ne peut pas être absorbée par une société relevant du droit applicable d'un autre Etat membre. Une telle opération ne peut pas se concevoir avec une société relevant d'un Etat qui ne reconnaît pas l'opération¹⁸². Par conséquent, en l'absence d'harmonisation en matière de fusion transfrontalière, si les conditions préalables à la réalisation d'une fusion transfrontalière sont réunies¹⁸³, une telle opération ne pourra être envisagée que par l'application des règles de conflit¹⁸⁴.

120. Aussi, les parties à l'opération n'ont pas la libre disposition de leurs droits, la compétence de la loi étrangère s'impose selon les règles du droit international privé de chaque Etat. Le rattachement de la société à une loi applicable est déterminé par le lieu du siège social des sociétés participant à l'opération¹⁸⁵. La règle de conflit en la matière consiste d'abord à confronter les deux *lex societatis* à savoir la loi du siège de la société absorbante et la loi du siège de la société absorbée, et ensuite à les appliquer de façon

¹⁷⁹ Cf. J.-J. CAUSSAIN, « Fusions transfrontalières », *op. cit.*, p. 897 s.

¹⁸⁰ F. BLANQUET, rappelle dans son article (antérieur à la directive portant sur les fusions transfrontalières), que les sociétés relevant des législations italiennes, luxembourgeoise, portugaise, espagnole, britannique, française et belge, peuvent absorber, mais ne peuvent l'être, cf. F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *op. cit.*, p. 115 s.

¹⁸¹ J.-J. CAUSSAIN, « Fusions transfrontalières », *op. cit.*, p. 897 s.

¹⁸² Une opération de fusion transfrontalière n'est possible qu'à partir du moment où cette modalité de regroupement des sociétés est acceptée tant par la loi qui régit la société absorbée que par celle applicable à la société absorbante, cf. Y. LOUSSOUARN et TROCHU, « Conflits de loi en matières de sociétés », *J.-Cl. Dr. Int. Com.*, Fasc. 564-C, n° 402.

¹⁸³ Il s'agit de la reconnaissance des sociétés participant par la législation du lieu de l'opération et de l'absence, dans les systèmes juridiques de ces mêmes sociétés, de dispositions ayant pour objet ou pour effet de s'opposer aux fusions internationales.

¹⁸⁴ En présence de l'existence d'un régime de reconnaissance mutuelle des sociétés et de l'admission par toutes les législations nationales du concept de fusion, il est possible de réaliser des fusions intras par l'application distributive et cumulative des lois Etats membres, cf. G. BEITZKE, « Les conflits de lois en matière de fusions de sociétés (droit et droit international privé) », *op. cit.*, p. 1 s.

¹⁸⁵ Voir infra.

distributive ou cumulative, selon les différents aspects du régime des fusions en cause. Des difficultés se rencontrent à l'application cumulative et ou distributive des lois en présence.

121. Pour les questions communes aux sociétés candidates à la fusion, une application cumulative des lois en conflit est faite¹⁸⁶. En revanche chaque fois que la question n'intéresse que la loi de la société absorbante ou celle de la société absorbée, une application distributive des lois en présence est opérée. L'application du droit international privé en la matière ne semble pas *a priori* complexe. En effet, la transposition de la troisième directive dans tous les Etats membres, facilite le choix de la règle de conflit, puisque les notions du droit interne en matière de fusion sont proches de celles connues par les autres Etats membres de l'Union européenne¹⁸⁷. Par conséquent, la recherche de la question de droit substantiel posée est facilitée. Le problème d'interprétation de la volonté de l'auteur des règles de conflit (du *for*) ne se pose pas. Il en est de même pour l'application de la règle de conflit puisque il suffit d'appliquer la *lex societatis* des sociétés liées à l'opération¹⁸⁸.

122. Pourtant, certaines difficultés peuvent apparaître en pratique. Il ne s'agit pas de les énumérer mais seulement d'illustrer nos propos au moyen de quelques exemples. En présence d'un conflit de lois touchant à des questions communes aux sociétés liées à la fusion, on applique cumulativement les deux lois en conflit¹⁸⁹. Ce qui peut revenir à appliquer la loi qui se relève être la plus sévère des deux, dès lors que la loi dite la plus « douce » ne s'y oppose pas¹⁹⁰. Dans ce cas, l'application cumulative des lois nationales des sociétés n'entrave pas l'opération¹⁹¹.

¹⁸⁶ Les droits nationaux de chaque société (la société absorbante et la société absorbée) sont appliqués cumulativement notamment au contrat de fusion.

¹⁸⁷ L'ensemble des règles de conflit françaises peuvent *a priori* couvrir une grande majorité des questions de droit qui sont susceptibles de se poser en relation avec les ordres juridiques qui existent dans les différents Etats membres, applicables en la matière.

La directive 78/855 et la directive 82/691 ont permis l'harmonisation des procédures de fusion entre SA (au Royaume uni et en Irlande, la transposition de ces directives ne concerne que les sociétés faisant appel public à l'épargne).

¹⁸⁸ Voir infra l'étude du critère de l'élément de rattachement.

Le rattachement de la société à une loi applicable est déterminé par le lieu de son siège social.

¹⁸⁹ Pour les éléments liés à la substance de l'opération, les deux systèmes de droit sont pris en compte cumulativement, cf. G. BEITZKE, « Les conflits de lois en matière de fusions de sociétés (droit et droit international privé) », *op. cit.*, p. 1 s.

¹⁹⁰ Il semble selon l'auteur que l'application cumulative des lois revient à appliquer les deux règles en conflit de manière distributive et à attacher à la règle de droit la plus sévère des deux l'effet qui est le sien sur l'opération de fusion, dès lors précise l'auteur que la « loi la plus douce » ne s'y oppose pas. Mais, la loi dite la plus sévère ne s'applique que si elle trouve à s'appliquer, la règle de droit national doit donc être en

123. Néanmoins, certaines notions issues de la règle applicable ne sont pas connues ou complexes à mettre en œuvre. En effet, les difficultés sont particulièrement présentes en matière de protection des associés minoritaires¹⁹², des créanciers, voire même les salariés des différentes sociétés participant à l'opération¹⁹³. Ainsi, sur certains aspects, le cumul des législations nationales aboutit à des contradictions. La date d'effet de la fusion en est un exemple, cet élément relève des législations nationales dont les sociétés sont issues.

124. Pour autant, les praticiens dépassent ces difficultés, liées aux différents systèmes juridiques, en usant de la perspective plus contractuelle de l'opération de fusion qu'offrent certains droits internes. Même si les législations applicables à l'opération ne s'accordent pas sur ce point, un aménagement contractuel de la procédure de la fusion est envisageable, si elles le permettent¹⁹⁴.

125. Chaque fois que la question n'intéresse, par nature, que la loi de la société absorbante ou celle de la société absorbée, la règle de l'application distributive se met en

jeux. Par exemple, si un des deux droits en conflit confère un effet suspensif au droit d'opposition des créanciers, il doit s'appliquer dès lors qu'est en question la règle de droit national la plus sévère des deux. Mais l'opposition émanant des créanciers d'une société ne peut produire d'effet au motif que la loi applicable à l'autre société l'aurait admis. Si l'opposition émane des créanciers de l'autre société, l'opération de fusion est suspendue par une application de la loi la plus sévère des deux. Ainsi, l'effet de la règle la plus sévère s'applique à l'opération de fusion.

Le choix de la loi la plus stricte peut sembler sanctionner l'autre société, mais raisonner selon les intérêts en cause et les lois en conflit, aboutirait à adopter des solutions d'une complexité « probablement inextricable », selon les termes mêmes de l'auteur. Donc le choix de la loi la plus stricte est le choix le plus rationnel, même si, selon le même auteur, rien ne peut justifier qu'une loi s'impose de cette façon à l'autre. Cf. H. LE NABASQUE, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », *op. cit.*, p. 417, spéc. p. 434.

¹⁹¹ Il en est ainsi par exemple pour le projet de fusion qui doit être commun à toutes les sociétés participantes, M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁹² L'exercice de leurs droits peut se révéler couteux pour la société au sein de laquelle ils sont exercés, voir *infra*.

¹⁹³ Voir *infra* l'étude de ces protections, n° 367 s.

Il existe au sein de l'Union européenne deux systèmes de protections des créanciers, un système de protection *a priori*, et un système de protection *a posteriori*. La mise en œuvre des dispositions relatives à la protection *a priori* peut ralentir, voire bloquer le processus de fusion transfrontalière, B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », *Rev. soc.*, 2004, p. 223.

¹⁹⁴ Par exemple, si une fusion s'opérait entre une société soumise à une loi disposant impérativement d'une date de prise d'effet et une autre dépendant d'une législation indiquant une date différente mais admettant implicitement ou explicitement une dérogation contractuelle, la liberté conventionnelle autoriserait à lever la contradiction des lois au profit de la loi la plus stricte, cf. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op. cit.*, p. 224.

En France la fusion par absorption peut prendre effet à la date prévue par le contrat de fusion, mais elle ne doit pas être postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine. Le 2^e alinéa de l'article L 236-4 du Code de commerce offre donc, sur ce point, une offre plus contractuelle de la procédure de fusion.

place¹⁹⁵. Les délibérations des assemblées générales en est un exemple. En effet, le processus de décision est organisé dans chaque société prenant part à l'opération, selon sa propre *lex societatis*¹⁹⁶. La mise en œuvre de la règle de conflit se révèle alors particulièrement délicate. Le choix de la loi applicable s'impose car il résulte de l'application distributive. La mise en œuvre de la loi s'avère complexe. Seule la coordination du droit européen des sociétés, ou la mise en œuvre de règles matérielles offrant aux associés des garanties identiques, ou équivalente, quelque soit l'Etat membre où la société se situe, peut résoudre le problème¹⁹⁷.

126. Jusque alors, si toutes les conditions sont réunies, les fusions paraissent envisageables par le seul recours aux règles du droit international privé, malgré les difficultés de réalisation en présence de différentes lois nationales¹⁹⁸.

127. Ainsi, dans l'affaire *Barclays* par exemple, tandis que la notion de transmission universelle du patrimoine n'est pas reconnue par le droit anglais dans les opérations transfrontalières, la pratique a su s'affranchir de ces difficultés. En effet, afin d'y parvenir, elle a inséré dans le contrat de fusion, des engagements unilatéraux dénommés « *deed poll* ». Ils permettent de s'assurer qu'aussi bien l'actif que le passif seront transmis. Le problème lié à la prise de décision par les associés ne se posait pas : l'une des parties à l'opération était la filiale détenue à 100% par l'autre partie.

128. Peu de fusions transfrontalières ont pu être mises en œuvre¹⁹⁹. Les difficultés de réalisation des fusions transfrontalières résultent souvent dans le défaut de

¹⁹⁵ H. LE NABASQUE, « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », *op. cit.*, p. 417 s., spéc. p. 433. Il doit être procédé à une application distributive pour les procédures internes qui conduisent chacune des sociétés à approuver l'opération et à permettre sa réalisation, J.-J. CAUSSAIN, « Fusions transfrontalières », *op. cit.*, p. 897.

¹⁹⁶ Nous avons précédemment vues quelles étaient les problèmes liés au vote de la décision par les associés des sociétés participants à l'opération. Voir supra.

¹⁹⁷ Notamment en ce qui concerne leur information, la responsabilité des dirigeants ou la mise en œuvre des procédures de protection, cf. B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », *op. cit.*, p. 223 s.

¹⁹⁸ Cf. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op. cit.*, p. 188. Selon l'auteur même en l'absence de la directive relative à la fusion transfrontalière, l'opération semble possible, car même si les problèmes semblent nombreux, aucun ne semble insurmontable, à l'exception de la disposition relative à la prise de décision, qui nécessite l'unanimité.

L'opération n'est pas alors pas impossible mais difficile.

Voir infra, le traitement des difficultés fiscales.

¹⁹⁹ En raison de ces contraintes, les fusions transfrontalières ont été très peu nombreuses et ont souvent concerné des opérations intra-groupe « dans lesquelles la condition d'unanimité des associés était *de facto* réglée », cf. D. LENCOU et M. MENJUCQ, « Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes ! », *op. cit.*, p. 886 s. Comme le rappel les auteurs, les fusions transfrontalière principalement citées sont par absorption de la filiale parisienne, Barclays SA, par sa société

coordination des législations. Les Etats ne font pas toujours preuves de souplesse, la mise en place de règles matérielles s'avère nécessaire.

129. Néanmoins, les Etats membres sont parvenues à faire preuve d'une entente, permettant au Règlement SE de voir le jour. Il est le premier texte à permettre la mise en œuvre d'une fusion transfrontalière. Même si elle doit aboutir à la création d'une SE. Comme le Règlement, la directive combine des règles matérielles et de conflit. Ce dernier a permis d'emboîter le pas, en permettant d'avancer l'adoption de la directive n° 2005/56 relative aux fusions transfrontalières.

130. Ainsi, les difficultés de réalisation des fusions transfrontalières ne peuvent plus résulter du défaut de coordination des législations. Les aspects de l'opération demandant une application cumulative des lois internes des sociétés participantes, font l'objet de règles matérielles, par le processus d'harmonisation.

131. Cependant, la présence d'une directive relative aux fusions transfrontalière, ne constitue pas une condition préalable à l'aboutissement de ce type de fusion. Les règles européennes d'harmonisation sont destinées à faciliter l'exercice de droits garantis par le traité, et non à les établir²⁰⁰.

B) Reconnaissance des entités issues d'une fusion transfrontalière

132. Les Etats membres se doivent d'accueillir en leur sein les sociétés constituées dans un autre Etat membre, mais également les sociétés issues d'une fusion transfrontalière. La liberté d'établissement comporte entre autre la constitution et la gestion des sociétés dans les conditions définies par la législation de l'Etat d'établissement²⁰¹.

mère de Londres, Barclays PLC ; Financière SEMA SA absorbée par SEMA Group PLC ; absorption par PSA Finance Holding de sa filiale portugaise PSA Credito, et absorption par Belmart SA de sa filiale espagnole Damart.

²⁰⁰ CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, aff. C-204/90, Rec., p. I-249 ; M. LUBY, « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *D.*, 2006, p. 451 s.

²⁰¹ Considérant n° 17 de l'arrêt *Sevic*, cf. CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire C-411/03

133. A l'instar, d'une transformation transfrontalière de société²⁰², les fusions transfrontalières répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans différents Etats membres²⁰³. La CJUE fait de cette opération des modalités particulières d'exercice de liberté d'établissement, dont les Etats sont tenus au respect, en vertu de l'article 43 du Traité CE²⁰⁴. Dès lors, un Etat membre ne peut refuser d'inscrire au registre du commerce, une société issue d'une fusion entre une société établie dans cet Etat et une société dont le siège se situe dans un autre Etat membre. Cela risque d'entraver la réalisation d'une fusion transfrontalière²⁰⁵. C'est ce qu'il ressort de l'arrêt *Sevic*, rendu par la CJUE le 13 décembre 2005²⁰⁶.

134. Pour ce cas précis l'Allemagne, pays d'accueil de la société issue de la fusion transfrontalière, refusait de la faire enregistrer dans ses registres et de l'immatriculer. L'étude du raisonnement des juges permet de comprendre l'insertion des fusions transfrontalières dans le champ d'application du principe de liberté d'établissement. La CJUE a raisonné en deux temps. Après avoir vérifiée l'applicabilité des articles 43 et 48 du Traité CE (49 et 54 du Traité FUE) relatifs au principe de liberté d'établissement, elle a vérifié la recevabilité des justifications proposées à l'entrave de l'application de ce principe.

135. En l'occurrence, la loi allemande (le paragraphe 1, alinéa 1, de la loi allemande relative aux transformations des sociétés du 28 octobre 1994) réserve le régime de fusion absorption par transmission universelle du patrimoine, aux sociétés ayant leur siège social en Allemagne²⁰⁷. Dès lors, une société allemande ne peut pas participer à une fusion transfrontalière, puisque le droit international privé allemand s'y oppose. La

²⁰² En effet, la CJUE considère que l'opération relève de la liberté d'établissement, à l'instar du transfert de siège social avec changement de loi applicable comme une transformation en une société d'un autre Etat membre. Ainsi, si un Etat membre s'y oppose, il commet une restriction, à moins qu'elle ne soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, cf. considérant n° 113 de l'arrêt *Cartesio*.

²⁰³ Considérant n° 19 de l'arrêt *Sevic*,

²⁰⁴ « Les opérations de fusions transfrontalières, à l'instar des autres opérations de transformation de sociétés, répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des Etats membres différents. Elles constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement, importantes pour le bon fonctionnement du marché intérieur, et relèvent donc des activités économiques pour lesquelles les Etats membres sont tenus au respect de la liberté d'établissement prévue à l'article 43 CE », considérant n° 26 de l'arrêt *Sevic*.

²⁰⁵ G. BARANGER, note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire C-411/03, *Bull Joly soc.*, 2006, n° 6, p. 771.

²⁰⁶ cf. CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire C-411/03.

²⁰⁷ « En 1994, légiférant sur les opérations extraordinaires de transformation, catégorie qui comprend les fusions, le législateur allemand a précisé que le domaine d'application de la loi est limité aux sociétés ayant leur siège en Allemagne », cf. T. BALLARINO, note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG* Affaire, C-411/03, RTDE, 2006, p. 717 s.; R. DAMMANN, note sous CJCE 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire C-411/03, *Sevic*, JCP éd. E, n° 29, 2006, p. 2116 s.

société doit être rattachée à l'Etat allemand. En outre, le gouvernement allemand avance un autre argument : seule une harmonisation des réglementations nationales relatives aux fusions transfrontalières peuvent éluder les conséquences liées au système de conflit de lois.

136. La CJUE ne s'attarde pas au système de conflit Outre Rhin, elle ne s'attache qu'aux résultats parce que la localisation des sociétés importent peu²⁰⁸. La CJUE se prononce en faveur de la liberté d'établissement au détriment de cette loi impérative allemande²⁰⁹. Puis, la directive n'est pas pour la CJUE une condition préalable à la liberté d'établissement²¹⁰ (considérant n° 26). Elle s'attache à répéter que l'harmonisation des règles de l'Union européenne ne servent pas à établir un certains nombre de droits garantis dans le traité, mais à en faciliter l'exercice²¹¹.

137. Autre point important, il est rappelé qu'il appartient à la seule CJUE de définir le contour du principe de liberté d'établissement²¹². Elle est référente dans l'interprétation de l'article 43 du Traité CE, dans l'étendue de son champ d'application, et dans sa définition de la notion d'établissement. Aussi, aux termes de l'article 43 du Traité CE, « la liberté d'établissement comporte [...] la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés [...] dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants ». En outre, la CJUE, se ralliant à l'avis de l'avocat général Tizzano, annonce que le champ d'application du droit d'établissement couvre toute mesure qui permet, ou même ne fait que faciliter, l'accès à un Etat membre autre que celui d'établissement. De surcroît, le champ d'application couvre, l'exercice d'une activité économique dans cet Etat, en rendant possible la participation effective des entreprises intéressées à la vie économique dudit Etat membre, aux mêmes conditions que celles applicables aux opérateurs nationaux²¹³. En effet, une fusion transfrontalière est une

²⁰⁸ BALLARINO T., « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement » *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 373

²⁰⁹ Cette préférence avait déjà été marquée dans des arrêts rendus tel que l'arrêt *Inspire Art*.

²¹⁰ Considérant n° 26 de la directive la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005.

²¹¹ M. LUBY, « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *op. cit.*, p. 451 s. ; CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, Affaire, 81/87, Rec., p. 5483.

²¹² T. BALLARINO, note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire, C-411/03, *op. cit.*, p. 717 s.

²¹³ Considérant n° 18 de l'arrêt *Sevic* et point 30 des conclusions de l'avocat général Tizzano.

Cf. M. LUBY, « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *op. cit.*, p. 451. Comme le fait remarquer l'auteur, dès 1995 la CJUE indiquait que la liberté d'établissement ait l'accès à une activité économique et non à une forme juridique : « participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un autre Etat membre », en référence à CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, Affaire, C-55/94, Rec., p. I-4165.

modalité particulière d'exercice de la liberté d'établissement, participant au bon fonctionnement du marché intérieur²¹⁴.

138. Dans l'arrêt *Sevic*, le gouvernement allemand a essayé de jouer sur la notion d'établissement. Il a fait valoir que l'extinction de la personnalité morale de la société absorbée (en l'occurrence la société luxembourgeoise) faisait que l'opération de fusion ne donne pas lieu à un établissement au sens du Traité CE²¹⁵.

139. Toutefois, cet argument ne tient pas. En effet, leur raisonnement repose sur une des conséquences de la fusion. Or, durant toutes les phases qui précèdent la fusion et ce jusqu'à l'enregistrement de cette opération, les sociétés qui y participent, continuent à exister. Refuser d'inscrire cette opération dans son registre revient à exclure l'opération de fusion transfrontalière²¹⁶. Le régime allemand de fusion prive donc bien « des sujets de droit en pleine possession de leur capacité juridique », la possibilité de bénéficier de la liberté d'établissement dont les fusions transfrontalières font parties²¹⁷.

140. Par ailleurs, il justifie l'existence de ses règles spécifiques pour la protection de différents intérêts. Ces restrictions ne seraient que la conséquence de l'application de ces lois de police. Cependant, l'entrave à la liberté d'établissement naît de la différence de traitement entre les fusions internes et les fusions transfrontalières²¹⁸. En entravant la réalisation de cette opération, parce qu'une des sociétés qui y participent à son siège qui se situe dans un autre Etat membre, on crée une différence de traitement entre sociétés

²¹⁴ Elles « constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement, importantes pour le bon fonctionnement du marché intérieur, et relèvent donc des activités économiques pour lesquelles les États membres sont tenus au respect de la liberté d'établissement prévue à l'article 43 CE », considérant 19 de l'arrêt *Sevic*.

²¹⁵ L'argument du gouvernement allemand repose sur la critique formulée par Kindler. Il s'attachait également à l'extinction de la société absorbée qui de par sa disparition ne pouvait pas participer à la vie économique d'un pays et ne pouvait donc pas bénéficier de la liberté d'établissement. Pour un résumé des arguments de Kindler, voir T. BALLARINO, note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG* Affaire, C-411/03, *op. cit.*, p. 717.

²¹⁶ C'est ce qu'il ressort des points 25, 26 et 27 des conclusions de l'avocat général Tizzano.

²¹⁷ Point 27 des conclusions de l'avocat général Tizzano. Cet argument est qualifié par l'avocat général de logique à contre sens (point 25 de l'arrêt *Sevic*)

²¹⁸ La CJUE n'emploie pas le principe de non discrimination, elle parle de différence de traitement. L'article 12 du Traité CE (qui interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité, dans le domaine d'application du présent traité) n'est donc pas employé. En effet, la jurisprudence en la matière trouve son noyau essentiel dans le droit des ressortissants européens. Et, l'article 293 du traité CE, invite les Etats membres à conclure entre eux des négociations en vue d'assurer, entre autre, la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes. Ces conventions internationales spécifiques écartent d'emblée la notion de discrimination telle qu'elle apparaît dans l'article 12 du Traité CE.

Voir T. BALLARINO, note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG* Affaire, C-411/03, *op. cit.*, p. 717 s. ; M. LUBY, « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *op. cit.*, p. 451 s.

selon la nature interne ou transfrontalière de la fusion²¹⁹. Une telle différence est contraire au droit d'établissement.

141. Elle ne peut être admise que si elle poursuit un objectif légitime, compatible avec le Traité et justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général ; telles que la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou encore l'efficacité des contrôles fiscaux et de la loyauté transactionnelle²²⁰. En l'espèce, le « test de proportionnalité » n'est pas satisfait²²¹. Ces règles prohibitives, mises en cause sont disproportionnées²²². La CJUE s'oppose à une telle interdiction absolue et automatique, appliquée de manière générale et préventive à toute fusion transfrontalière, sans vérification préalable des préjudices éventuels ou des risques qui y sont liés²²³.

142. Par conséquent, ce refus d'inscription fondé sur l'inexistence en Allemagne de règles générales applicables aux fusions transfrontalières, constitue une différence de traitement²²⁴. Les Etats membres ne doivent pas entraver le bon exercice de la liberté d'établissement, dont les fusions transfrontalières en sont une modalité puisqu'elles répondent aux nécessités de coopération et de regroupement²²⁵.

²¹⁹ Considérant n° 22 de l'arrêt *Sevic*. En l'espèce, la demande d'inscription d'une fusion absorption d'une société luxembourgeoise (Security Vison Concept SA) par une société allemande (*Sevic Systems AG*), au registre allemand de commerce, avait été rejetée au motif que la loi allemande ne régissait que les fusions internes. Cf. M. MENJUCQ, « Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *Rev. Lamy droit des aff.*, n° 5, mai 2006, p. 10 s. ; M. LUBY, « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *op. cit.*, p. 451 s. ; J. HEYMANN, note sous CJCE 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire C-411/03, *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 662 s.

Le juge de renvoi (allemand) demande à la Cour de préciser si des règles nationales qui prohibent l'inscription au registre allemand des sociétés de fusions (fusions-absorptions) entre des sociétés allemandes et des sociétés d'autres Etats membres (en particulier le Luxembourg) sont contraires (ou non) au principe de la liberté d'établissement (art. 43 et 48 CE). Cette inscription est en effet possible, sous certaines conditions, lorsque les sociétés participant à la fusion ont toutes deux leur siège sur le territoire allemand. Plus précisément, le droit allemand prévoit que seuls les sujets de droit ayant leur siège sur le territoire national peuvent être l'objet d'une transformation par fusion.

²²⁰ La CJUE abonde dans le même sens que l'avocat général Tizzano, points 55 à 57 de ses conclusions. Considérant n° 23 et 24 de l'arrêt *Sevic*.

²²¹ L. IDOT, note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire C-411/03, Europe n° 2, fév. 2006, comm. 47. Il est de jurisprudence constante, que la charge imposée ne doit pas dépasser la mesure requise pour satisfaire l'intérêt en jeu (CJCE, 5 juillet 1977, *Bela Mülhe*, Affaire 114/76, Rec., p. 1233, *a contrario*), M. LUBY, « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *op. cit.*, p. 451.

²²² Selon les points 28, 29 et 30 de l'arrêt *Sevic*, la législation allemande va au de là de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs visant à protéger des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés (cf. CJCE du 5 novembre 2002, *Überseering*, Affaire C-208/00, Rec. p. I-9919, point 92), ainsi que la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux et de la loyauté des transactions commerciales (cf. CJCE du 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, Rec. p. I-10155, point 132) (points 28 de l'arrêt).

²²³ M. LUBY, « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *op. cit.*, pour avoir un aperçu du traitement de ces mesures par la jurisprudence.

²²⁴ Considérant n° 22 de l'arrêt *Sevic*.

²²⁵ La CJUE ne suit pas les arguments de l'avocat général Tizzano qui s'est référé à la notion d'établissement secondaire. En effet, selon lui l'opération de fusion en cause peut également être analysée

143. Désormais, d'une part, la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005, relatives aux fusions transfrontalières, facilite leurs mises en œuvre et d'autre part, elle a pour effet d'écarter tout régime prohibitif. Les autorités publiques conservent certaines initiatives quant aux conditions liées aux fusions transfrontalières. Selon les termes de l'article 4 de la directive 2005/56²²⁶, les autorités nationales peuvent, notamment, s'opposer à la fusion transfrontalière, pour des raisons d'intérêt public, lorsque la législation de leur Etat membre le permet pour une fusion nationale²²⁷.

144. Une fusion transfrontalière comme un transfert de siège social transfrontalier est un moyen d'exercice de la liberté d'établissement, cette dernière n'est pas conditionnée au vote de directives d'harmonisation. La CJUE ne se substitue ni aux législations nationales, ni aux directives européennes. Contrairement à une fusion transfrontalière pour qui les obstacles ont été levés, un transfert de siège social y parvient de manière plus nuancé (selon que l'Etat réceptionne ou pas le résultat de cette opération).

§ 2 : Les spécificités liées au transfert de siège social

145. Parmi les entraves empêchant tout transfert de siège social d'une société d'un Etat membre à un autre, il existe le problème lié à la survie de la personnalité morale de cette société. Cependant, la problématique liée à la survie de sa personnalité morale, suite à son transfert dans un autre Etat (A), varie selon la thèse de la fiction ou de la réalité. Quelque soit le système juridique considéré, une société acquiert sa personnalité juridique par l'accomplissement de formalités et avec le concours d'une autorité publique permettant sa constitution et sa publicité à l'égard des tiers²²⁸. Dès lors, le changement de loi applicable peut mettre en cause la survie de la personnalité morale de la société souhaitant transférer son siège social (B) et constituer une entrave à l'opération.

comme une hypothèse d'établissement secondaire. Puisque la société absorbante (*Sevic*) aurait disposé d'un centre d'activité au Luxembourg (lieu de rattachement de la société absorbée), en y maintenant, notamment, des moyens de production. C'est ce qu'il ressort entre autres des points 35, 36, 37 des conclusions de l'avocat général Tizzano.

²²⁶ Selon l'article 4, 1), b) de la directive 2005/56 « Lorsque la législation d'un Etat membre permet à ses autorités nationales de s'opposer, pour des raisons d'intérêt public, à une fusion au niveau national, cette législation s'applique également à une fusion transfrontalière lorsqu'au moins une des sociétés qui fusionnent relève de la législation de cet Etat membre ».

²²⁷ Voir points 49 et 50 des conclusions de l'avocat général Tizzano.

²²⁸ Cf. J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », *op. cit.*, p. 43 s. ; J. BEGUIN et M. MENJUCQ, (sous la direction de), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, p. 291.

A) Le débat sur la survie de la personnalité morale de la société

146. Contrairement à une fusion transfrontalière, la question de la validité d'un transfert, conduit à s'interroger sur la survie de la personne morale dans cette opération²²⁹. Par définition, on ne parle pas de transfert de siège que si l'opération nécessite une reconstitution de la société suite à sa dissolution²³⁰. La question de la survie de la personne morale a fait l'objet d'un débat, dans lequel deux thèses se confrontent. Elle amène à s'interroger sur le caractère fictif ou réel de la personnalité morale.

147. Selon certains auteurs, la personnalité morale est une fiction puisqu'elle découle de la loi et qu'elle est conférée par l'autorité publique²³¹. La personnalité morale cesse d'exister au moment de la disparition de la loi qui la régit. Mais, une nouvelle personne juridique naît le jour de sa prise en compte par le droit du nouvel Etat d'implantation²³². La personnalité morale ne survivrait donc pas au transfert international, puisque la compétence de l'autorité publique créatrice de cet attribut s'arrête aux

²²⁹ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 449. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., p. 61. L'auteur rappelle que le transfert de siège social ne remet en cause la personnalité morale que dans la mesure où il entraîne le changement de la lex societatis. Seule cette hypothèse sera étudiée ici.

Envisagée cette hypothèse conduit à se poser la question suivante, « quand une société change de siège et veut s'immatriculer dans un autre pays est-il possible d'admettre que c'est la même personnalité morale qui déplace son centre de gravité ou bien est-on contraint de considérer que la société doit commencer par se dissoudre, pour se « désimmatriculer » dans le pays de départ, puis se reconstituer à neuf dans le pays d'arrivée ? », cf. J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », op. cit., p. 43 s.

²³⁰ M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., p. 61.

²³¹ « La personnalité morale juridique n'est pas une réalité naturelle, mais un bienfait de la loi, accordée et mesurée par celle-ci, la faveur cesse lorsque la loi qui l'a accordée est répudiée par les associés », cf. J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, Dalloz, 1981, n° 429, p. 86, cité par M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 420.

²³² La personne morale cesse lors de la disparition de la loi qui la régit, J.P. NIBOYET, t. II, n° 751.

frontières de l'Etat initial²³³. Seul l'Etat d'accueil est habilité à attribuer ou non la personnalité morale au groupement régit par son droit²³⁴.

148. Une partie de la doctrine belge a également adhéré à la thèse de la fiction. Elle se fonde sur la modification des éléments essentiels qui porte atteinte à « l'individualité de l'être moral » et aboutit « automatiquement » à la création d'une personne morale nouvelle²³⁵. Toute modification de ces éléments essentiels à la personnalité morale (telle que la nationalité) entraîne le changement du centre d'intérêts et sauf dispositions contraires de la loi, la personne morale ne peut pas y survivre²³⁶. Il s'agit là d'une interprétation stricte du principe de spécialité. Le bouleversement de ces éléments essentiels conduit à la disparition de l'identité de la personnalité morale en vertu de ce même principe²³⁷.

149. Dès lors, non seulement la loi d'origine ne doit pas s'opposer au transfert international du siège social, mais en plus, le droit d'accueil doit organiser le maintien de la dite personnalité morale.

150. Cependant, l'ancienne doctrine majoritaire ne l'est plus²³⁸. Un tel revirement de tendance se justifie en raison de l'absence totale de lien de cette thèse avec la réalité

²³³ J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », in *Aspects organisationnels du droit des affaires*, op. cit., p. 43 l'auteur cite des auteurs favorables à cette conception, J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de Droit commercial*, op. cit., n° 429, selon eux, « la personnalité juridique n'est pas une réalité naturelle, mais un bienfait de la loi, accordé et mesuré par celle-ci, la faveur cesse lorsque la loi qui l'a accordée est répudiée par les associés ». Selon M. MENJUCQ, ils appuient leur démonstration sur l'hypothèse d'une SNC française dont le transfert de siège au Royaume Uni conduirait à sa transformation en *partnership*, dépourvu de personnalité morale, selon le droit anglais (même si selon l'auteur, cet exemple illustrerait plutôt le cumul des problèmes soulevés par la mobilité, celle-ci se traduisant, comme en l'espèce, par une transformation de type de société, cf. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., p. 62. Une nouvelle personne juridique naît le jour de sa prise en compte par le droit du nouvel Etat d'implantation, M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 420.

²³⁴ J. BEGUIN et M. MENJUCQ, (sous la direction de), *Traité de droit du commerce international*, op. cit., p. 291.

²³⁵ « La mort ne saisit pas le vif même s'il existe, entre elles, des rapports d'héritage », FREDERICQ et DE SMET, « Rapport belge au Ve Congrès de l'Académie internationale de droit comparé », Bruxelles, 1958, « Le transfert de siège social », *Revue belge de droit international et de droit comparé* 1958, p. 147 et s. J. VAN RYN, note sous l'arrêt de la Cour de cassation belge du 12 novembre 1965, *Soc. Lamot Ltd C/Willy Lamot*, *RCJB* 1966, p. 399. Cité par M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 421.

²³⁶ M. MENJUCQ, *ibid*, p. 421.

²³⁷ Le principe de spécialité pris sous l'angle de la théorie de la fiction, conduit à distinguer la capacité des personnes physiques de celles des personnes morales et, à cantonner strictement la capacité des dernières à leur objet statutaire ou légal, les fictions étant d'interprétation stricte, cf. M. MENJUCQ, *ibid*, p. 421 ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., p. 63.

²³⁸ La doctrine majoritaire contemporaine est favorable à la thèse de la réalité, cf. J. BEGUIN et M. MENJUCQ, (sous la direction de), *Traité de droit du commerce international*, op. cit., p. 292. Ces derniers

économique et une position contraire aux besoins des sociétés²³⁹. Or comme le rappelle J.M. BISCHOFF « le droit des sociétés doit être au service de celles-ci et non un frein à leur évolution et à leur développement »²⁴⁰.

151. Il existe une autre hypothèse qui admet la survie de la personnalité morale. Le changement intervenu étant important, il apparaît nécessaire que le transfert du siège social soit décidé par un vote unanime des actionnaires²⁴¹. Aussi, les partisans de cette thèse s'appuient sur le fait que l'existence de la personnalité morale est révélée par un vote des associés et non par une reconnaissance étatique²⁴². L'acte constitutif est le fruit des statuts qui viennent de la volonté des constituants de la personne morale. L'immatriculation est relayée, quand à elle, à la simple fonction déclarative²⁴³. En conséquence, la personne morale peut survivre à son déplacement géographique et demeurer la même lorsqu'elle sera immatriculée dans l'Etat membre d'accueil²⁴⁴.

152. La doctrine française s'appuie sur les dispositions du Code de commerce. Elle prend en exemple l'article L 225-97 du Code de commerce²⁴⁵. Ce dernier fait du changement de nationalité un cas particulier de modification des statuts, même si la

donnent quelques auteurs en exemple : H. BATTIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, LGDJ 1993, n° 197-1 ; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Dalloz 1969, n° 273 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 223 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE et J.-L. PIERRE, *Droit du commercial international*, Litec 2003, 3^e éd., n° 47.

²³⁹ M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op. cit.*, p. 65 ; M. Batiffol, « Le changement de nationalité », *Trav. comité français de DIP*, 1969, p. 65.

²⁴⁰ J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international », in *La société européenne, colloque organisé le 7 février 2002 par le Centre du droit de l'entreprise de l'université Robert Schuman (Strasbourg III) avec la participation de la Quinzaine européenne, Petites affiches*, 2002, n° 76, p. 43.

²⁴¹ X. BOUCOBZA, « Les techniques de réglementation favorisant la mobilité des sociétés », *op. cit.*, p. 23, spéc. p. 26.

²⁴² Il s'agit là de la conception de GENY, la volonté des associés n'est pas subordonnée à la reconnaissance étatique, l'intervention des autorités étatiques n'est qu'instrumentaire, la personnalité morale peut survivre à son déplacement géographique et demeurer la même lorsqu'elle sera immatriculée dans l'Etat d'accueil, cf. J. BEGUIN et M. MENJUCQ, (sous la direction de), *Traité de droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 292.

²⁴³ Il convient de reconnaître la réalité technique de la personnalité morale, en admettant qu'elle est créée dès qu'elle représente un intérêt collectif organisé et qu'elle réunit les conditions fixées par la loi, M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op. cit.*, p. 65 ; G. LAGARDE, « Propos de commercialiste sur la personnalité morale, Réalité ou réalisme ? », *Etudes offertes à A. Jauffret*, 1974, p. 429 et s. D'ailleurs selon M. MENJUCQ, la position de A. JAUFFRET permet « de dépasser la controverse entre fiction et réalité, au profit de la considération de l'être moral comme technique juridique ».

²⁴⁴ J. BEGUIN et M. MENJUCQ, (sous la direction de), *Traité de droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 292.

²⁴⁵ Les articles L 229-9, L 223-30 et L 225-97 du Code de commerce, régissent les sociétés en commandite simple, les SARL et les SA, selon la doctrine majoritaire, ces dispositions considèrent le changement de nationalité comme un cas particulier de modification des statuts.

gravité de l'action engage l'unanimité des associés dans cette prise de décision²⁴⁶. Elle ne déroge pourtant pas aux conséquences des changements des statuts, à savoir le maintien de la personnalité juridique de la société²⁴⁷. De là, suivant la thèse de la réalité, la personnalité morale n'est pas touchée par une « simple » modification statutaire. Il ne s'agit que d'une simple volonté nouvelle des associés²⁴⁸.

153. Pour autant, le départ d'une société de l'Etat à laquelle elle est rattachée entraîne des conséquences au regard de la loi applicable.

B) La remise en cause de la survie de la personnalité juridique de la société lié au changement de loi applicable.

154. Le siège social constitue l'un des principaux critères de détermination de la nationalité des sociétés et l'un des points de rattachement de la loi applicable à la société²⁴⁹. Le transfert du siège social d'une société est lourd de conséquences. Il entraîne un changement de nationalité de la société ainsi qu'un changement de loi applicable.

155. La position des Etats membres en matière de traitement de survie de la personnalité morale d'une société²⁵⁰, diffère selon le critère de rattachement que l'Etat pratique. Le problème de la survie de la personnalité juridique d'une société à l'occasion

²⁴⁶ Voir infra, sur la loi applicable. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., p. 66.

Rappelons seulement qu'au sein d'une SA, un vote à la majorité pris par l'assemblée générale extraordinaire est possible, en présence d'une convention fiscale, faute de quoi il faudra un vote à l'unanimité.

²⁴⁷ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 423. D'ailleurs, selon la conception de la réalité technique, quelque soit l'importance du changement de statut, la personnalité morale n'est jamais atteinte.

²⁴⁸ J. BEGUIN et M. MENJUCQ, (sous la direction de), *Traité de droit du commerce international*, op. cit., p. 292.

D'ailleurs rien ne s'oppose à ce que la société change de loi applicable et de nationalité sans perdre sa personnalité juridique, si les lois des Etats d'origine et d'accueil concordent sur ce point, M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., p. 65 ; W. LE BRAS, « Le transfert de siège social des sociétés étrangères en France », *Bull. Joly*, 1983, p. 795 s.

²⁴⁹ X. BOUCOBZA, « Les techniques de réglementation favorisant la mobilité des sociétés », op. cit., p. 23 spéc. p. 26.

Nous avons vu précédemment qu'une fusion transfrontalière n'entraînait pas pour les sociétés participant à l'opération de changement de nationalité (même si certains auteurs le pensent), puisque le changement de loi applicable s'applique seulement à l'égard de l'engagement des associés, et non à l'égard de la société qui suite à l'opération a disparu sans liquidation.

²⁵⁰ « Quand une société change de siège et veut s'immatriculer dans un autre pays est-il possible d'admettre que c'est la même personnalité morale qui déplace son centre de gravité ou bien est-on contraint de considérer que la société doit commencer par se dissoudre, pour se « désimmatriculer » dans le pays de départ, puis se reconstituer à zéro et s'immatriculer à neuf dans le pays d'arrivée ? », cf. J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », op. cit., p. 43 s.

de son transfert transfrontalier, se résout différemment selon le système adopté par l'Etat dont la société est issue²⁵¹.

156. Ainsi, dans les Etats qui connaissent le système d'incorporation, très prisé des pays anglo-saxons, la société ne peut pas survivre à la modification de la loi du lieu de constitution. En outre, il n'admet pas le transfert du siège social à l'étranger sans dissolution de la société²⁵². La personnalité morale est conçue comme une abstraction de la loi. Elle cesse lorsque la compétence législative disparaît. Sauf si la loi de l'Etat d'origine et celle de l'Etat d'accueil le prévoient expressément, la société ne survit pas au changement de rattachement législatif²⁵³. Par conséquent, seul le transfert de siège effectif, *seat of central management and direction*, est possible, il est indifférent à l'égard de l'incorporation de la société²⁵⁴.

157. Dans certains Etats, telle que la France, qui connaissent le système du siège réel, le transfert international de siège est pris en compte comme une modification des statuts²⁵⁵. Le transfert peut donc *a priori* avoir lieu dans la continuité de la personnalité morale. Toutefois, la solution diffère selon que l'Etat assiste au départ de la société, ou qu'au contraire, il se trouve dans la position de l'hôte²⁵⁶.

²⁵¹ Mais qu'importe la théorie adoptée. Les raisons du refus des Etats ne sont pas (que) liés au fait que l'Etat ait adopté le système d'incorporation ou pas. La question de la survie de la personnalité juridique de la société n'est qu'un des obstacles à l'opération. Il existe également une volonté politique au maintien de l'allégeance juridique.

²⁵² Les systèmes anglo-saxons adoptent une conception très formaliste du rattachement d'une société à un Etat « en se référant uniquement à l'immatriculation qu'il dénomme incorporation sans aucune considération pour la localisation du centre de direction », cf. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 421. Pour appuyer ces propos, l'auteur cite, Ph. KENEL, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais*, éd. Droz, Genève, 1991, p. 65.

²⁵³ La société ne peut sans se dissoudre, quitter l'Etat où elle est enregistrée pour s'incorporer dans un nouvel Etat.

²⁵⁴ C'est la raison pour laquelle la doctrine anglaise conclut à la faculté de transférer le domicile en s'appuyant à la condition que l'opération soit confirmée par la réincorporation dans l'Etat du nouveau domicile.

La doctrine belge favorable à la thèse de la fiction, adopte également la même conclusion en admettant « qu'à la suite de la forme et de l'objet, de semblables dispositions légales consacrerait l'exclusion de la « nationalité » des éléments essentiels de la personnalité morale de la société », M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 422.

²⁵⁵ C'est le cas des droits espagnols, italiens, grecs et français, M. MENJUCQ, *ibid*, p. 423. En effet, le droit italien admet la continuité de la personnalité morale d'une société étrangère qui souhaite transférer son siège social en Italie, R. DAMMANN, « Mobilité des sociétés et localisation des actifs », in *La mobilité internationale des sociétés*, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 2, mars avril 2006, p. 41 ; loi italienne n° 218/1995, art. 25, al. 3.

²⁵⁶ Notre raisonnement se limitera au droit français.

158. A la lecture combinée de l'alinéa 1^{er} de l'article L 210-6 du Code de commerce²⁵⁷ et de l'article L 225-97 du Code de commerce, lorsqu'une société a son siège social situé en France et qu'elle désire transférer son siège dans un autre Etat, elle peut le faire sans que la survie de la personnalité morale ne soit remise en cause.

159. Il résulte des deux articles précédemment cités, qu'une société jouit de la personnalité morale à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. L'opération qu'elle vise est appréhendée comme un changement de statuts, puisque l'opération a pour conséquence un changement de nationalité²⁵⁸. Puisque il en est ainsi, elle ne porte pas atteinte à la continuité de la personnalité morale de la société, qui est acquise au jour de son immatriculation. En revanche, la France n'est pas « responsable » de la réception de la société par l'Etat d'accueil, ce dernier est seul en charge de la survie de la personnalité morale.

160. Pour autant, afin que la société puisse changer de nationalité, et ainsi transférer son siège à l'étranger tout en conservant sa personnalité morale, il faut que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale²⁵⁹. L'existence d'une convention entre le pays d'accueil et la France permet d'assurer la continuité de la personnalité morale²⁶⁰ et une prise de décision de changement de nationalité. L'assemblée générale peut alors entériner toutes modifications des statuts selon les conditions requises. Cependant, de telles conventions n'ont jamais été signées²⁶¹.

²⁵⁷ Aux termes de cet article, « les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation ».

²⁵⁸ Voir supra, c'est ce qu'on en retire *in fine*. Nous avons vu précédemment que l'opération de transfert était appréhendée comme un changement de nationalité, ce qui est un cas particulier de modification des statuts.

M. MENJUCQ illustre ces propos en s'appuyant sur les législations étrangères, cf. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, op. cit., p. 67.

²⁵⁹ Si l'article 154 de la loi du 24 juillet 1966 énonçant ce principe a été abrogé par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, le principe demeure valable. En effet, aux termes de l'article L 225-97 du Code de commerce, « l'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique ».

²⁶⁰ L'article 220 du traité de Rome prévoit le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert réalisé par voie de convention.

²⁶¹ Mis à part le traité franco-éthiopien du 12 novembre 1959, voir supra. J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », op. cit., p. 43 s.

161. Toutefois, l'absence de telles conventions ne signifie pas que les sociétés ne peuvent pas transférer leur siège à l'étranger²⁶². L'opération s'avère pourtant difficilement réalisable. En effet, l'absence de telles conventions entraîne le vote à l'unanimité des associés, pour le transfert de siège et le changement de nationalité ; et le non maintien de la personnalité juridique d'origine dans l'Etat d'accueil.

162. Si une SA française souhaite transférer son siège dans un autre Etat membre, elle ne pourra le faire qu'à condition que la décision soit prise à l'unanimité des associés, sans que la continuité de la personne morale soit garantie²⁶³. Ce risque n'existe plus depuis que l'arrêt *Cartesio* a été rendu. Un Etat membre ne peut s'opposer à l'accueil d'une société qui a transféré son siège social²⁶⁴.

163. Si une société désire transférer son siège social en France, elle doit s'en remettre à sa loi nationale pour en suivre les modalités. Ensuite, elle doit adapter ses statuts selon le droit français puisque il est l'Etat d'accueil, pour immatriculer son siège en France²⁶⁵. Faute de dispositions légales, il convient de suivre les réponses ministérielles imposant le respect des formalités de constitution en France²⁶⁶.

²⁶² Voir supra, ce point a été vu au cours de l'étude du problème lié au changement de loi applicable, qui est d'ailleurs un problème à la fusion transfrontalière et au transfert de siège social.

²⁶³ Selon H. LE NABASQUE, il n'existerait pas d'exemple où la personnalité morale d'une société française n'a pas été reconnue par un droit étranger, cf. H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 81 spéc. n° 7.

²⁶⁴ Voir infra n° 711.

²⁶⁵ A l'occasion de plusieurs réponses ministérielles, le gouvernement français a indiqué que si une société étrangère demande à transférer son siège social en France, la société devra se constituer en France pour que le transfert du siège social soit effectif. Cf. Rép. Min., 19 fév. 1972 : JOAN 19 mai 1972, p. 701 ; *Rev. Crit. DIP*, 1972, p. 511 ; 26 janv. 1987 ; JOAN 6 avr. 1987, p. 2000.

²⁶⁶ Puisque le législateur appréhende le transfert de siège comme un changement de statuts, l'alinéa 1^{er} de l'article L 210-6 du Code de commerce doit s'interpréter comme ne visant que les sociétés qui se constituent en France, cf. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op. cit.*, p. 67.

Conclusion du Chapitre I

164. La CJUE a permis de lever plusieurs obstacles à la restructuration transfrontalière des sociétés grâce à une interprétation extensive à la notion de restriction d'établissement. Elle recouvre toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté²⁶⁷. Ainsi, le droit d'établissement s'élève contre les mesures nationales de l'Etat membre d'accueil qui s'opposent aux modalités entravant l'accueil des sociétés qui souhaitent s'y établir²⁶⁸. Dès lors, la CJUE offre d'importantes opportunités en matière de stratégie d'implantation des sociétés²⁶⁹. Pour autant, « il n'appartient pas au juge de participer à des discussions propres au droit national » [...] le « point de vue du droit, est celui de la justification d'une mesure limitant une liberté fondamentale à la lumière de prétendues raisons impérieuses d'intérêt général »²⁷⁰. En effet, la CJUE n'est pas à même de se substituer aux carences législatives en matière de mobilité des sociétés obstruant la mise en œuvre de restructuration dans l'espace européen. Contrairement à la directive relative au transfert de siège social des SA, s'inspirant du Règlement SE, qui n'a toujours pas été adoptée, la directive relative à la fusion transfrontalière a été adoptée. Cette dernière s'appuie sur le processus de constitution d'une SE par voie de fusion élaboré dans le Règlement SE, et elle intègre également des dispositions relatives à l'implication des salariés, qui se basent sur celles qui existent dans la Directive qui accompagne ce Règlement. Ce dernier ne fait pas qu'inspirer des mesures législatives nouvelles, elle apporte un outil capable de mettre en œuvre des restructurations transfrontalières.

²⁶⁷ G. JAZOTTES, « Le transfert de siège : *statuto quo* ou revirement ? », *op. cit.*, p. 828 s.

²⁶⁸ Que cela soit « par un refus d'immatriculer une succursale (*Centros*), par l'application de conditions issues du droit national (arrêt *Inspire Art*) ou encore par la négation de la capacité juridique de la société en raison de la dissociation du siège statutaire et du siège réel (arrêt *Uberseering*) », cf. G. JAZOTTES, *ibid.*, p. 828 s. Mais encore par un refus d'inscription d'une société issue d'une opération de fusion transfrontalière (*Sevic*).

« Avec une telle lecture des arrêts *Daily Mail* et *Uberseering*, il paraît possible de distinguer le contentieux de l'immigration (arrêt *Uberseering*) du contentieux de l'émigration (arrêt *Daily Mail*) », cf. J.- Ph. DOM, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, p. 315 s. Dans le même sens, M. MENJUCQ, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *op. cit.*, p. 448 s.

²⁶⁹ « Ce qui ne manquera pas de renforcer la concurrence juridique entre les Etats membres pour attirer à eux les sociétés », cf. M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit », *D.*, 1999, p. 550 s.

²⁷⁰ Conclusions de l'avocat général Damazo Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 4 décembre 2001, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, point 42.

Chapitre II : Les innovations apportées par le Règlement SE

165. Comme on a pu l'observer, les solutions existantes en matière de restructuration transfrontalières sont insuffisantes et relancent l'intérêt du Règlement SE. La SE permet aux sociétés de coopérer, de se concentrer et de se mouvoir, à travers l'Union européenne. Mise en place par le Règlement SE, elle a notamment pour vocation d'offrir aux entreprises multinationales un cadre permettant d'optimiser la réorganisation de leurs activités à l'échelle européenne. Aussi, excepté la création par voie de transformation, les différentes voies de constitution d'une SE, répondent tous à un objectif de concentration économique.

166. Ensuite, le statut de la SE rend superflu, pour les sociétés concernées, un quelconque traité spécifique sur la reconnaissance mutuelle des personnes morales dans l'Union européenne, ce, indépendamment de la jurisprudence de la CJUE. En effet, la question de la reconnaissance mutuelle de la personnalité morale des sociétés, se trouve ici explicitement résolue par le Règlement SE²⁷¹.

167. Il existe plusieurs voies de constitution d'une SE. Elle peut être constituée soit par voie de fusion transfrontalière, soit par voie de transformation d'une SA en SE, soit par voie de formation d'une SE *holding*, soit par voie de constitution d'une SE filiale.

168. Les différents modes de création de cette société, restent les mêmes que ceux préconisés dans le mémorandum sur la SE²⁷². Ils ont été repris par la suite dans les différents projets du Règlement. En outre, selon la complexité du mode opératoire employé, les éléments donnés par le Règlement varient. L'une des explications aux « inégalités dans la longueur du traitement accordé à chaque voie d'accès », est l'inconvénient pour le législateur de renvoyer aux seuls droits nationaux²⁷³. Mais aussi la

²⁷¹ Une convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés a été signée à Bruxelles le 29 février 1968 mais elle n'est jamais entrée en vigueur.

²⁷² Memorandum de la Commission de la CEE sur la création d'une société commerciale européenne, du 22 avril 1966, *RTDE*, 1966, p. 409 s.

²⁷³ De nombreux aspects de la procédure de constitution de la SE sont formatés. Pour reprendre la formule d'un auteur, il existe « un fonds procédural commun [aux différents modes de constitution] construit au demeurant autour de l'opération de fusion », à l'exception de la constitution de par voie de filiale. Cf. A. COURET, « Les techniques de constitution de la SE », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjuq et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 17.

complexité et les débats qu'ont suscité la création du Règlement SE qui rend possible la mobilité et la concentration transfrontalière d'entreprises.

169. Le Règlement SE est un vecteur de coopération transfrontalière et de concentration économique (**section 1**). Mais également, un vecteur de mobilité au sein de l'Union européenne et de concentration juridique des entreprises (**section 2**). Hormis les apports et les facilités accordées par le Règlement, la procédure de constitution de la SE ou le transfert de son siège social, ne seront pas examinés²⁷⁴.

Section 1 : Le Règlement, vecteur de coopération transfrontalière et de concentration économique

170. La restructuration d'une entreprise peut avoir pour but d'améliorer ou de créer une coopération entre des partenaires, la SE peut servir de structure à une coopération transfrontalière, par la création d'une SE *holding*, ou par la constitution d'une SE filiale commune²⁷⁵.

171. La SE *holding* permet aux partenaires européens de concentrer leurs activités, sans que cela aboutisse pour autant à une intégration des partenaires comme c'est le cas pour la fusion²⁷⁶. La SE *holding* peut être un instrument de coopération transfrontalière.

172. Puis, la constitution d'une SE donne, entre autre, la possibilité à des sociétés et à d'autres personnes morales exerçant une activité économique et relevant du droit d'Etats membres différents, de créer des filiales communes²⁷⁷ à travers une SE filiale, pour abriter des PPP (partenariats publics privés), ce à titre d'exemple.

173. La SE facilite, les restructurations internes, grâce à la constitution de filiales unipersonnelles ou de filiales communes (mais également la transformation de SA en SE).

En effet, la procédure de transfert, est calquée sur celle des fusions transfrontalières. Le Règlement SE organise (dans les paragraphes 2 à 16) l'opération de transfert de siège en raison des risques qu'elle fait peser sur les actionnaires, les créanciers et les salariés Ainsi qu'en raison de la complexité du changement d'immatriculation.

²⁷⁴ Voir infra n° 557 s.

L'opération de procédure de constitution d'une SE par voie de transformation d'une SA ne sera pas abordée ici.

²⁷⁵ Ici, le vocable de coopération transfrontalière ne servira qu'à traiter de la SE filiale et de la SE *holding*.

²⁷⁶ C. CHABTINI, « Réflexions sur la société européenne : propositions d'amélioration et évolution de son statut », *Petites affiches*, 14 juillet 2007, p. 4 s.

²⁷⁷ Considérant n° 10 du Règlement.

Ainsi, elle peut permettre de rationaliser l'organisation de groupe²⁷⁸, en créant des « chaînes » de SE filiales unipersonnelles chapeautées par une même SE de têtes.

174. Cependant, n'importe quelle structure peut accueillir en son sein une *holding*, ou encore une filiale. Les partenaires peuvent recourir à la technique dite du jumelage (en référence à la technique contractuelle). Bien avant que le Règlement ne soit institué, les praticiens avaient déjà en leurs dispositions des moyens pour mettre en œuvre des coopérations transfrontalières. Par exemple, une SAS peut tout aussi bien être constituée pour détenir les participations de sociétés étrangères²⁷⁹. La SE n'est donc pas un passage obligé, contrairement au transfert de siège social intra-européenne avec changement de loi applicable, puisque le Règlement est le seul à le rendre effectif. La SE est selon certains auteurs, une structure pertinente de coopération transfrontalière, en raison de sa coloration largement moins affirmée que les formes nationales de sociétés. Elle permet « d'atténuer le sentiment » que pourrait avoir une des parties de passer sous contrôle étranger²⁸⁰. En outre, le Règlement permet de faciliter et de sécuriser les relations entre les partenaires. L'un des problèmes potentiels rencontrés, lors de la mise en place d'un de ces outils de coopération, reste celui de la localisation²⁸¹.

175. Après avoir présenté l'utilité de la SE dans la création de holding et de filiale (§ 1), il convient d'examiner les particularités attachées à la constitution d'une SE holding et d'une SE filiale (§ 2).

§ 1 : Présentation de la SE *holding* et SE filiale

176. La SE permet à des entités juridiques de coopérer entre elles. Elle peut aussi bien abriter une *holding* (A), qu'une filiale (B). Il convient d'élaborer les contours de chacune de ces notions, afin de mieux appréhender l'utilité du recours de la SE pour les abriter.

²⁷⁸ M. MENJUCQ, « Les atouts et les faiblesses de la société européenne « à la française », *Rev. Lamy droit des aff.*, octobre 2005, p. 5.

²⁷⁹ J.-Ph. DOM, « La société européenne-Aspects de droit des sociétés », *op. cit.*, p. 77 s.

²⁸⁰ M. MENJUCQ, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *Rev. soc.*, 2007, p. 253 s. Dans le même sens, C. CATHIARD, « Les atouts de la SE », *op. cit.*, p. 539 s.

²⁸¹ N. LENOIR, « Pourquoi choisir le statut de la société européenne », in *La société européenne, premier bilan et perspectives d'évolution*, *op. cit.*, p. 74, spéc. p. 82.

A) Le recours à la SE *holding*

177. Cette notion de *holding* n'a rien de juridique. Une société *holding* est semblable à toute autre société. La forme, les conditions de fonctionnement, et les organes sociaux d'une société *holding* sont tributaires de leurs environnements, de leurs activités ou ce à quoi les actionnaires et dirigeants les destinent²⁸².

178. Cependant, si la société *holding* est semblable à une autre société, le droit fiscal distingue le fait d'investir sous forme de placement ou d'investir dans un projet entrepreneurial. Les répercussions fiscales de ces deux options ne sont pas les mêmes²⁸³. A la différence des autres sociétés, la *holding* contrôle une ou plusieurs filiales et elle se trouve à la tête d'un groupe²⁸⁴. Mais, le fait « de contrôler une kyrielle de personnes morales à travers une *holding* ne lui ouvre pas toutes les portes du groupe »²⁸⁵. Par ailleurs, il existe une multitude de *holding* : des *holdings* patrimoniales, des *holdings* de rachat²⁸⁶, des *holdings* de famille, des *holdings* dont les actions sont cotées en bourse, et des *holdings* animatrices²⁸⁷ ou non²⁸⁸.

²⁸² Cf. J.-Ph. DOM, « Le droit des contrats au service de l'animation effective d'un groupe de sociétés », in *La société holding animatrice, Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n° 6, p. 43 s.

²⁸³ J.-Ph. DOM, *ibid*, p. 43, spéc. p. 44.

Par ailleurs, il existe un intérêt fiscal à s'assurer de l'existence d'une société *holding* animatrice, voir *infra*.

²⁸⁴ En effet, selon la CA de Paris, une telle forme de société n'est interdite par aucune disposition légale ou réglementaire. Son rôle consiste précisément à exercer un contrôle sur les filiales pour définir la politique économique de l'ensemble.

Le contrôle doit s'entendre au sens de l'article L 233-3 du Code de commerce.

P. LE CANNU, note sous, CA Paris, 1re ch. A, 18 juin 1986, *Bull Joly*, 1986, n° 9, p. 853.

²⁸⁵ J.-Ph. DOM, « Le droit des contrats au service de l'animation effective d'un groupe de sociétés », *op. cit.*, p. 43 s.

²⁸⁶ « Le LBO ou *Leveraged Buy-Out* est une opération de rachat d'entreprise en finançant une part importante du prix d'acquisition par endettement. Une société *holding* qui s'endette est constituée pour acheter une entreprise dont les excédents de trésorerie seront régulièrement remontés au niveau du *holding* via des dividendes afin de lui permettre de payer les intérêts de sa dette et de la rembourser. Le LBO est souvent une solution à une succession familiale ou à une cession par un groupe d'une division. Elle peut également permettre de sortir une société de la Bourse quand celle-ci est mal valorisée », P. VERNIMMEN, P.-I. QUIRY et Y. LE FUR, *Finance d'entreprise*, Dalloz Gestion, 2005, 6^e édition, chapitre 49, p. 978.

²⁸⁷ Il existe un intérêt fiscal à s'assurer de l'existence d'une société *holding* animatrice. Cette notion est issue de la doctrine administrative, pourtant la définition qu'elle donne est disparate et imprécise. Elle se caractérise essentiellement par des critères qualitatifs et factuels, qui sont source d'insécurité pour le contribuable amené à solliciter le bénéfice des régimes de faveur, N. GOULARD, « Société holding animatrice : fiscalité personnelle et enjeux », in *La société holding animatrice, Cahier de droit de l'entreprise*, n° 6, nov-déc 2006, p. 21 s.

C'est la jurisprudence, notamment l'arrêt *Elias* qui est venue unifier les critères. Elle permet à l'actionnaire d'une société *holding* de considérer que ses actions ont la qualité de biens professionnels et, comme telles de ne pas entrer dans l'assiette de détermination de l'ISF, J.-Ph. DOM, « Holding animatrice : une notion unifiée par la cour de cassation », *Rev. soc.*, 2005, p. 877.

Le caractère effectif de l'animation par la *holding* se fonde sur des pratiques qui démontrent « la réalité de la pression exercée par le dirigeant de la *holding* sur les filiales pour assurer l'unité économique du groupe », Cl. CHAMPAUD, D. DANET, note sous CA Paris, 7 juin 2006, *Elias c/ Directeur des services fiscaux de la Côte d'Or*, *RTD com.*, 2007, p. 390. La société *holding* est animatrice en ce qu'elle maîtrise la politique du groupe et le contrôle effectif de ses filiales, sans pour autant s'ingérer. N. GOULARD, « Société holding

179. La *holding* peut faire l'objet d'une société. En effet, la jurisprudence française ne s'oppose pas à ce qu'un protocole d'accord ait pour objet la constitution d'une société *holding*²⁸⁹. Cela signifie *in fine* qu'une société peut licitement faire l'objet d'une *holding*. D'ailleurs, selon la jurisprudence, la *holding* n'est interdite par aucune disposition légale ou réglementaire²⁹⁰.

180. Pourtant, la licéité de la *holding* a été contestée, car elle permet le transfert du pouvoir de décision à son niveau et porter atteinte au droit de vote des associés des sociétés contrôlées²⁹¹. Or, le rôle de la *holding* est précisément d'exercer un contrôle sur les filiales pour définir la politique de l'ensemble du groupe. Aucune disposition légale ou réglementaire²⁹² n'interdit de le faire.

181. Une atteinte illicite au droit de vote des actionnaires peut annihiler de nullité la société *holding*. Cependant, elle n'est pas avérée lorsque les actionnaires ont pu continuer à participer à la vie sociale dans la proportion des capitaux dont ils disposaient²⁹³. De même, la contestation de la réalité même de la *holding* est écartée, si la société est animée par ses propres organes sociaux en exerçant leur compétence et en prenant des décisions²⁹⁴. Elle ne peut être contestée que si il s'agit d'une coquille vide.

182. A titre d'exemple, dans l'affaire *société Lustucru et autres*, le protocole d'accord avait pour objet la création d'une SA *holding* pour définir la politique d'ensemble du groupe. Cet accord précisait aussi bien les modalités de participations financières, que les représentations au sein du directoire et du conseil de surveillance²⁹⁵. Suite à un désaccord, les actionnaires de Cartier-Million demandent l'annulation de l'accord du protocole. Selon eux il comporte une convention de vote portant atteinte aux

animatrice : fiscalité personnelle et enjeux », *op. cit.*, p. 21, spéc. p. 22 ; J.-Ph DOM, « Le droit des contrats au service de l'animation effective d'un groupe de sociétés », *op. cit.*, p. 43, spéc. p. 48

²⁸⁸ J.-Ph. DOM, *ibid*, p. 21, p. 43.

²⁸⁹ P. LE CANNU, note sous, Cass. com., 24 février 1987, *Bull Joly soc.*, 1987, n° 3, p. 213. Ce n'est pas clairement évoqué dans l'arrêt, mais c'est qu'il en ressort. En effet, ce point n'est pas critiqué par l'arrêt.

²⁹⁰ P. LE CANNU, note sous, CA Paris, 1re ch. A, 18 juin 1986, *op. cit.*, p. 853.

²⁹¹ C'est cet argument qui a été avancé par les appelants pour contester la licéité de la *holding*.

²⁹² Cette solution a été confirmée dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation, P. LE CANNU, note sous, Cass. com., 24 février 1987, *op. cit.*, p. 213

²⁹³ P. LE CANNU, note sous, CA Paris, 1re ch. A, 18 juin 1986, *op. cit.*, p. 853

²⁹⁴ A. VIANDIER, note sous, CA Paris, 20 octobre 1980, *Rev. soc.*, 1980, p. 776.

De même, cette validité doit également concerner les cascades de holdings, fréquemment utilisées pour faciliter l'acquisition de titres sociaux et, plus généralement, pour alléger le poids financier des contrôles sociétaires.

²⁹⁵ P. LE CANNU, note sous, Cass. com., 2 juillet 1985, *Bull joly*, 1^{er} mars 1986, n° 3, p. 374.

droits des actionnaires. Il demande la nullité de la société *holding* parce qu'elle est l'instrument de cette convention²⁹⁶.

183. Pour les juges de 1^{ère} instance, il n'y pas lieu de résilier le protocole d'accord parce qu'il ne peut être assimilé à une convention de vote. La nullité de la société *holding* ne peut donc pas être prononcée car son illicéité et sa fictivité ne sont pas démontrées²⁹⁷. La Cour d'appel d'Aix infirme le jugement. Le protocole serait nul parce qu'il contiendrait une convention de vote qui empêcherait les actionnaires de voter. Il existerait une atteinte structurelle au droit de vote rendant la société « non viable ». La Cour de cassation a cassé cet arrêt. La cour d'appel sur renvoi, confirme le jugement rendu en première instance²⁹⁸. L'objet du protocole est la constitution de la société *holding*, or aucune disposition légale ou réglementaire ne l'interdit. Les règles de répartition des sièges évoquées dans une des clauses du protocole, ont été prises en compte lors de l'adoption des statuts de cette société²⁹⁹.

184. En conséquence, le Règlement en proposant la création d'une SE *holding*, retire aux initiateurs de cette *holding* toute crainte quant à la remise en cause de sa validité. Contrairement aux autres formes sociales, la SE sécurise les relations entre les différents partenaires qui sont à l'origine de sa création.

185. Pourtant, d'autres formes sociales peuvent sembler offrir plus de libertés aux partenaires. Cependant, la SE offre non seulement une certaine sécurité, mais également, si elle est immatriculée en France, un régime proche de celui des SAS, lorsque la SE est fermée³⁰⁰. La SE *holding* peut *a priori* revêtir toutes les variantes des *holding*. Aux termes

²⁹⁶ P. LE CANNU, *ibid*, p. 374.

²⁹⁷ En effet, les conventions qui limitent l'indépendance de l'associé sont admises si elles sont justifiées par l'intérêt social.

Les conventions de vote à engagement individuel, sont licites si elles sauvegardent le droit de participation des actionnaires c'est-à-dire si elles ne portent pas atteintes au droit de vote de l'associé, si elles ne sont pas contraires à l'intérêt social et si toute idée de fraude est absente.

²⁹⁸ Ainsi, la société *holding* et la convention de vote sont valides. La demande de dissolution pour justes motifs fondée sur un prétendu abus de majorité est rejetée.

²⁹⁹ Afin d'éviter toute contestation des accords sur la base d'une atteinte structurelle des droits de vote ou, sur l'effet relatif des contrats, les modalités (en l'espèce une représentation paritaire) prévues doivent être reprises dans les statuts de la société.

En effet, selon P. LE CANNU les protocoles d'accord peuvent produire des effets au-delà de l'objet que les signataires souhaitent voir réaliser (la constitution d'une société par exemple) à condition que cela y soit bien indiqué. Cf P. LE CANNU, note sous Cass. com., 24 février 1987, *op. cit.*, p. 213

³⁰⁰ En effet, de multiples modalités visant notamment à contrôler l'actionnariat peut être mise en place. Voir *infra*.

de l'article 2.2 du Règlement SE, sous certaines conditions les SA et les SARL peuvent promouvoir la constitution d'une SE *holding*.

186. La jouissance paisible d'une structure sociale, pour abriter la coopération de partenaires, se retrouve également dans la constitution d'une SE filiale.

B) Le recours à la SE filiale

187. Une SE peut abriter une filiale, une *joint venture* en particulier. Une filiale commune n'est pas nécessairement le fruit d'une *joint venture*. Pourtant, cela ne signifie pas que cette dernière ne puisse pas se réaliser dans une filiale commune et qu'elle se présume derrière elle. L'opération de coopération ne doit pas se résumer en la seule organisation des pouvoirs au sein de la société, sinon il s'agira d'une simple filiale commune³⁰¹.

188. A l'origine, la *joint venture* est connue principalement dans les pays dits socialistes, où elle est connue sous la forme de société mixte. Cette dernière, dotée de la personnalité juridique est dite mixte en raison de la qualité de la personne des associés. Elle regroupe d'un côté une personne privée étrangère d'un côté, et de l'autre une entreprise d'Etat ou une coopérative contrôlée par l'Etat³⁰². Cet accord a pour base un contrat d'entreprises conjointes conformément au principe d'égalité et des avantages réciproques. La société mixte a été dans ces pays, pendant longtemps, l'unique forme sociétale connue donc l'unique moyen d'investissement direct pour un étranger. En se ralliant à l'économie de marché, la plupart des Etats dits socialistes ont abrogés les lois sur les sociétés mixtes³⁰³.

189. Le contrat de *joint venture* n'était jusqu'alors envisagé ni par les règles matérielles issus des droits nationaux (en dehors de certains pays dits socialistes), ni par les règles de conflit de lois d'origine nationale ou conventionnelle.

³⁰¹ V. PIRONON, *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, 2004, p. 220.

³⁰² V. PIRONON, *ibid.*

³⁰³ Les statuts spécifiques de la joint venture permettent d'organiser le contrôle conjoint d'une entreprise et, de prendre en compte la dimension contractuelle de l'opération. La disparition de tels statuts au profit du droit commun des sociétés anéantis cela. V. PIRONON, *ibid.*, p. 350.

190. Il est né des seuls praticiens³⁰⁴ dans le but d'organiser, et de sceller des partenariats. Il ne s'agit pas là du seul objectif de la *joint venture*. Ce contrat permet également d'aménager les relations des associés dans la structure constituée pour abriter la coopération afin de « tisser » entre les parties impliquées un faisceau de relations commerciales.

191. L'élaboration d'un complexe contractuel permet de définir l'ensemble des relations entre les parties et de mettre en place des structures, personnalisées ou non, pour son exécution. Il peut prévoir la constitution d'une société commune et aménager les relations des partenaires en son sein. Le contrôle conjoint d'une entreprise peut se sceller entre les parties, par des relations de coopération dans la limite de son objet. La constitution d'une société facilite la gestion quotidienne de relations complexes de longue durée qui impliquent une part importante d'aléas

192. De par cet instrument de coopération internationale, des partenaires peuvent réunir leurs ressources dans leurs intérêts communs, dans un esprit de loyauté et d'égalité³⁰⁵, tout en permettant d'optimiser les coûts et les contraintes de chaque projet³⁰⁶. Ainsi, la *joint venture* désigne l'opération de coopération entre des partenaires³⁰⁷. Quelque soit l'habillage juridique que la *joint venture* emprunte³⁰⁸, la substance de la relation entre les parties est toujours la même³⁰⁹.

193. Lorsque des partenaires veulent coopérer dans une structure personnalisée, ils mettent souvent en place une SA. Contrairement à d'autres formes sociales, elle est de loin la plus connue. La connaissance de l'existence de ces règles de la SA permet de

³⁰⁴ D'ailleurs, « permettre de soustraire la société commune au droit national reviendrait à consacrer une société *sui generis* internationale ce qui ne paraît pas admissible du point de vue des ordres juridiques nationaux ».

³⁰⁵ « Lorsque le contrôle est exercé conjointement, on passe d'une situation de domination à une situation de coopération », V. PIRONON, *ibid.*

³⁰⁶ En outre, le recours à une répartition égalitaire peut être motivé par le souci d'éviter le rattachement de la société commune au groupe de l'un des partenaires ou encore, pour éviter que l'opération soit qualifiée d'entente « en tentant de démontrer l'indépendance de la filiale par l'interdépendance de ses maisons mères », V. PIRONON, *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale, op. cit.*, p. 177.

³⁰⁷ La *joint venture* est un montage permettant d'organiser le contrôle conjoint d'une entreprise par l'élaboration d'un complexe contractuel qui définit l'ensemble des relations entre les parties et met en place des structures personnalisées ou non pour son exécution. V. PIRONON, *ibid.*, p. 257.

³⁰⁸ Comme nous le rappelle V. PIRONON, le recours ou non à une structure dotée de la personnalité juridique résulte d'impératifs économiques et industriels liés à l'objet de la *joint venture* et au marché dans lequel elle intervient. Le choix de la structure est également influencé par des considérations fiscales, d'autres par le droit de la concurrence. V. PIRONON, *ibid.*, p. 165.

³⁰⁹ C'est un instrument de coopération internationale qui permet à des partenaires d'unir leurs ressources dans leur intérêt commun dans un esprit d'égalité et de loyauté, afin d'optimiser les coûts et les contraintes liés à leur projet.

faciliter les négociations et de favoriser la sécurité juridique³¹⁰. Contrairement à une GIE et *a fortiori* une GEIE, elle permet de faire des bénéfices.

194. Pour faire usage de la SA, ils recourent à des « prête-noms » ou encore « hommes de paille »³¹¹, auxquels sont attribués une ou plusieurs actions, afin de contourner la règle selon laquelle le capital social d'une SA doit être souscrit par au moins sept actionnaires³¹². Le régime légal de cette forme sociale n'est pas un obstacle, car les parties y apportent de nombreux aménagements. En conséquence, cette structure peut accueillir une *joint venture*, même si cette dernière ne regroupe, par essence, qu'un nombre limité de partenaires, et qu'elle est destinée à répondre à leurs propres besoins³¹³.

195. Pour autant, le recours à une structure fermée permet de préserver le fort *intuitu personae* qui existe entre les initiateurs de la *joint venture*. Si cette dernière se concrétise dans une SA ouverte, l'équilibre des pouvoirs et l'indépendance des parties peuvent être remis en cause. Sauf si la fraction de capital ouvert est insuffisante pour constituer une minorité de blocage. Opter pour une société ouverte semble difficile car une filiale commune, que l'on envisage ou pas une *joint venture*, implique le maintien d'une égalité réciproque dans la détention des parts des sociétés.

196. L'esprit de coopération qui caractérise la *joint venture* n'est *a priori* donc pas incompatible avec une société de capitaux. « L'équilibre parfait » qui résulte d'une filiale commune, rapproche la société « d'une structure purement contractuelle », car la loi de la majorité est remplacée par le principe du consensus. Puisque aucun des partenaires ne peut exercer son pouvoir de manière exclusive³¹⁴, ils n'ont qu'un pouvoir de blocage en raison du caractère conjoint de l'exercice du pouvoir. Aussi, pour prévenir tout risque de blocage voire de paralysie, des moyens de déblocage doivent être prévus par les partenaires. Des conventions de vote sont d'ailleurs fréquemment conclues à cet effet

³¹⁰ Cf. F. SIIRIAINEN et J.-B. RACINE, « Droit économique et sécurité juridique. Propos introductifs », in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la direction de L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, Larcier, 2007.

³¹¹ Le choix est guidé par le fait que les administrateurs doivent avoir la qualité d'actionnaire ou encore que le président soit une personne physique.

³¹² Cette simulation n'est pas une cause de nullité.

³¹³ Dans la limite des lois de police, puisque la présence des salariés et des créanciers de la société commune ne permet pas de la considérer comme un simple instrument au service des partenaires.

³¹⁴ V. PIRONON, *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, op. cit., p. 254.

dans les *joint ventures*, de nombreux accords gouvernent les relations entre les parties. Le seul recours à ces accords permet de résoudre les difficultés³¹⁵.

197. L'esprit de coopération qui caractérise la *joint venture* trouve idéal la structure d'une SA. Du coup, elle prend d'autant mieux place dans une SE, puisque les règles applicables à la SE sont parfois renvoyées au droit applicable de la SA du lieu d'immatriculation de la SE³¹⁶. En renvoyant à la définition nationale de la filiale, le Règlement oblige les futurs partenaires à organiser un contrôle conjoint égalitaire au sein de la société. Contrairement à une SA, une SE n'a besoin de recourir à aucun subterfuge, puisque selon le Règlement, il ne peut y avoir que deux partenaires dans une SE filiale. En outre, en optant pour une SE fermée, les futurs partenaires auront une grande latitude pour organiser leurs relations dans les statuts³¹⁷.

198. Une SE filiale peut avoir en son sein une *joint venture* et ou une filiale commune³¹⁸, puisque les partenaires peuvent y organiser le contrôle conjoint de l'entreprise et y aménager leurs relations³¹⁹. Le recours à une société commune pour exécuter l'accord de coopération pourrait conduire à l'appréhender, en droit économique, comme une opération de concentration qui modifie la structure des entreprises partenaires. Contrairement à l'opération de fusion, dont la coopération est une autre alternative³²⁰, la dimension contractuelle de la *joint venture* et la volonté de coopération qui l'imprègne, « conduisent à ne pas l'assimiler à une simple technique de concentration même si elle peut en impliquer » une.

Transition 199. En ayant recours à la SE, les partenaires peuvent aménager leurs relations avec la souplesse que ce type de société offre. Ils peuvent sécuriser leurs

³¹⁵ V. PIRONON, *ibid*, p. 458.

En cas de problèmes relatifs à l'application des accords entourant la *joint venture*, une interprétation qui préserve le devoir de loyauté sera réalisée.

C'est logique, puisque les règles d'interprétation des opérations de *joint venture*, sont fondées sur l'économie générale de l'opération, son équilibre particulier (contrôle de la société) et les pratiques habituels en ce domaine.

³¹⁶ Voir *infra*.

³¹⁷ Voir *infra*.

³¹⁸ Lorsque des partenaires sont des sociétés et qu'ils établissent un pouvoir égalitaire dans une autre société, cette dernière s'analyse en une filiale commune.

³¹⁹ En effet, le recours à un statut réglementé est rationnel si elle permet d'organiser le contrôle conjoint de l'entreprise et de prendre en compte le fait que les parties puissent aménager contractuellement leurs relations.

Une structure adaptée à une opération de coopération, est une structure fondée sur l'*intuitu personae* et l'esprit de coopération, V. PIRONON, *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, *op. cit.*, p. 218.

³²⁰ Les partenaires mettent en commun leurs ressources sans que leur identité ne soit pour autant altérée.

activités par des aménagements mis en place dans le Règlement, ceci vise à faciliter la réalisation d'une SE filiale et d'une SE holding.

§ 2 : La constitution d'une SE par voie de *holding* ou de filiale

200. Bien que la création d'une holding et d'une filiale étaient possibles par d'autres moyens, passer par la constitution d'une SE facilite la tâche aux partenaires désirant créer une holding ou une filiale, sur base des dispositions existantes dans le Règlement SE (A). Cette facilité est d'autant plus évidente pour ce qui est des règles applicables à la souscription des titres (B).

A) Les dispositions communes à la constitution d'une SE *holding* et d'une SE filiale

201. Selon l'article 15 §1 du Règlement, sous réserve des dispositions du présent règlement, la constitution d'une SE est régie par la loi applicable aux SA de l'État où la SE fixe son siège statutaire. Selon le considérant n° 20 du Règlement SE et l'article 10 du même texte, d'une part, les dispositions du droit des États membres et du droit de l'Union européenne s'appliquent dans les domaines non couverts par le Règlement. D'autre part, la SE est traitée par chaque Etat membre comme une SA, constituée selon le droit de l'Etat membre, dans lequel la SE a son siège statutaire.

202. En conséquence, puisque le droit applicable n'est pas celui de l'Etat membre dont relève chacune des sociétés participantes, les conflits de lois sont évités. Si les modalités de souscription des titres de la SE filiale étaient régies par le droit de l'Etat membre dont relève chacune des sociétés participantes, la définition de la filiale donnée par chacune des législations, entrerait en conflit³²¹. Il en est de même pour la souscription de titres de la SE *holding*.

203. Les modalités de constitution d'une SE *holding* connaissent un fond commun avec la procédure de constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière, et la

³²¹ *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, (sous la direction) de P. Raimbourg et M. Boizard, Dalloz action 2006/2007, la société européenne, M MENJUCQ, ch 57, p. 828. M. MENJUCQ, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *op. cit.*, p. 253, n° 34.

Selon l'article 36 du Règlement SE, « sont applicables aux sociétés ou autres entités juridiques participant à l'opération les dispositions qui régissent leur participation à la constitution d'une filiale ayant la forme d'une société anonyme en vertu du droit national ».

procédure de transfert de siège social d'une SE. Mais le nombre de mesures y afférant sont moindres³²². Contrairement aux deux autres procédures précédemment évoquées, la constitution d'une SE *holding* n'a pas eu à faire l'objet de nombreuses concertations de la part des Etats membres, ce qui a érudé de nombreux obstacles.

204. Quant aux dispositions relatives à la constitution d'une SE filiale, elles se résument à deux articles du règlement SE. D'une part, l'article 35 qui renvoie à l'article 2 § 3 du Règlement pour les conditions de localisation des entités, indique celles autorisées à promouvoir la constitution de la filiale SE. D'autre part, l'article 36 fait référence aux législations nationales pour les dispositions régissant la participation de ces entités à la constitution d'une filiale.

205. L'article 15 § 1 du Règlement SE indique clairement que (sous réserve de ses propres dispositions) la constitution d'une SE est régie par la loi applicable de la SA, du lieu d'immatriculation de la SE. Cela suffit à comprendre que les modalités de constitution d'une SE filiale, relèvent du même droit applicable. Le Règlement SE via son article 36 vient le marteler.

206. Selon ce dernier, les entités juridiques, quelques soient leurs formes, promouvant l'opération, se voyent appliquées les dispositions qui régissent leurs participations à la constitution d'une filiale ayant la forme d'une SA en vertu du droit national³²³.

208. La jurisprudence française a, dans un premier temps³²⁴, considéré que la décision de créer une filiale était une mesure grave relevant de l'assemblée générale extraordinaire des associés, si cette décision émane d'une structure sociale³²⁵. D'autant qu'une telle décision détourne les capitaux de leur vocation initiale, l'assemblée générale

³²² Voir infra sur les modalités de constitution d'une SE *holding*.

³²³ Aux termes de l'article 36 du Règlement SE, « sont applicables aux sociétés ou autres entités juridiques participant à l'opération les dispositions qui régissent leur participation à la constitution d'une filiale ayant la forme d'une société anonyme en vertu du droit national ».

Au droit de l'Etat membre dont relève chacune des sociétés participant qui est applicable à la constitution d'une filiale sous forme de société anonyme, M. MENJUCQ, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *op. cit.*, p. 253, n° 35.

³²⁴ « Des statuts qui autorisent une société anonyme à faire des opérations d'une nature déterminée ne l'autorisent à procéder à ces opérations que pour elle-même et non à créer une société nouvelle, ayant pour objet de procéder à ces mêmes opérations pour le compte d'autrui », *cf.* CA Alger, 20 août 1910 et, sur pourvoi, Cass. civ., 16 février 1911, *J. Soc.*, 1914, p. 414, note WAHL.

³²⁵ L'organe compétent pour chaque personne pouvant accéder à la SE filiale, varie selon l'entité qui constitue la société.

d'extraordinaire est alors seule compétente pour statuer, comme pour toutes les modifications des statuts.

209. Il est aujourd'hui admis, qu'il s'agit d'une opération de gestion et, qu'en tant que telle, la décision d'apport à une société relève du pouvoir des dirigeants sociaux³²⁶. Pourtant, il faut que l'objet social de la société filiale soit le même que celui de la société qui promeut l'opération, pour que cette dernière soit perçue comme un mode de réalisation du dit objet social. Si il en résulte une modification de son objet statutaire, alors la décision relève de la compétence de l'assemblée générale des actionnaires. L'opération d'apport doit être conforme à l'intérêt propre de la société apporteuse, sous peine d'engager la responsabilité civile de ses dirigeants, voir même leurs responsabilités pénales pour abus de biens sociaux, si ils sont intéressés directement ou indirectement dans la société bénéficiaire de l'apport³²⁷.

210. En revanche, la création d'une holding ou d'une filiale font naître des difficultés quant aux règles à appliquer pour la souscription des titres. Les dispositions relatives à la souscription des titres d'une SE filiale et holding sont celles qui font l'objet d'une attention plus particulière.

B) Les dispositions relatives à la souscription des titres d'une SE filiale et SE *holding*

211. La création d'une SE filiale et d'une SE holding nécessite un apport de la part des entités juridiques promouvant la constitution de cette société. Le droit applicable en matière de souscription de titres d'une SE filiale, et d'une SE *holding*, est celui des SA de l'État où la SE fixe son siège statutaire³²⁸. Avec la nuance que la constitution d'une SA est possible avec au minimum sept actionnaires qui ont la capacité de s'engager, selon l'article L 225-1 du Code de commerce³²⁹.

³²⁶ H. BARDET, A. BEETSCHEN, A. CHARVERIAT et B. GOUTHIÈRE, *Les holdings*, Francis Lefebvre, 4^e édition, spéc. n° 400

³²⁷ *Ibid.*

Lorsque l'apport porte sur des parts de SARL, il doit être signifié à la société émettrice ou accepté par elle dans un acte authentique. Ces formalités peuvent être remplacées par le dépôt au siège social d'un original de l'acte d'apport. S'il s'agit de SA, l'apport se fait par virement du compte de l'apporteur à celui de la société qui reçoit dans les livres de la société émettrice s'il s'agit de titres nominatifs ou dans ceux d'un intermédiaire financier si les titres si sont au porteur.

³²⁸ Donc a priori la crainte de certains auteurs que d'une insécurité juridique sur ce point n'est pas fondée.

³²⁹ Exception faite en cas de fusion (de scission ou apport sous régime de scission) mais, il faut régulariser la situation dans l'année.

212. Dans ce cas de figure, la finalité de l'opération n'est pas de constituer une SA mais une SE filiale, ou *holding*. Par conséquent, si la SE fixe son siège statutaire en France, avec le droit applicable à la SA, il faut se reporter à la définition française de la filiale pour connaître les modalités de souscription de titres de la SE filiale. Selon l'article L 233-1 du Code de commerce, lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée comme filiale de la première³³⁰.

213. En outre, l'article L 430-1 II du Code de commerce donne une définition *in fine* de la filiale commune. Il s'agit d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. Les entreprises associent leurs moyens pour créer conjointement des filiales communes³³¹. Le recours à une filiale commune exige donc une gestion égalitaire. Elle est plus facile à atteindre lorsque le capital de la société est réparti lui-même de manière équilibrée mais cela ne constitue pas une condition.

214. Puisque la SE filiale est une société par actions, l'apport ne peut être fait qu'en numéraire ou en nature³³². Un apport implique l'intervention d'un commissaire aux apports désigné en justice et chargé d'établir, sous sa responsabilité, un rapport sur l'évaluation du dit apport³³³. En droit français, le commissaire aux comptes est chargé de vérifier l'évaluation des biens apportés lors de la constitution de la société³³⁴. D'autant que les entités juridiques souhaitant créer une SE filiale, peuvent lui apporter, une partie de ses éléments d'actif, généralement une branche autonome d'activité³³⁵. Comme le souligne un auteur³³⁶, cette procédure d'évaluation pose des difficultés à l'égard des biens

³³⁰ Le texte précise que cette définition ne vaut que dans le cadre de l'application du chapitre intitulé « des filiales, des participations et des sociétés contrôlées ».

³³¹ Cass. com., 12 juillet 2004, *Cie générale des eaux*, JCP, éd. E, n° 41, 2004, p. 1448.

³³² En effet, selon l'article L 225-3 du Code de commerce, les actions d'une SA ne peuvent représenter un apport en industrie.

³³³ Article L 225-14 alinéa 1^{er} du Code de commerce, « les statuts contiennent l'évaluation des apports en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi, sous sa responsabilité, par un commissaire aux apports » ; et L 225-147 du Code de commerce

³³⁴ Article L 225-8 et L 225-12 du Code de commerce.

Un commissaire est même désigné judiciairement pour apprécier la valeur du bien lorsqu'une société, dans les deux ans suivant son immatriculation, acquiert un bien appartenant à un actionnaire et dont la valeur est au moins égale à un dixième du capital social (article L 225-101 du Code de commerce).

³³⁵ Il s'agit de l'apport partiel d'actif, A. COLONNA D'ISTRIA et C. VALENTIN, note sous, CJCE, 15 janvier 2002, *Bull Joly*, 2002, p. 348, n° 75.

³³⁶ V. PIRONON, *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, op. cit., p. 176.

incorporels, en particulier lorsqu'ils ne sont pas protégés par un droit de propriété industrielle³³⁷.

215. De même, la constitution d'une *SE holding*, requiert, selon l'article 33 du Règlement SE, un pourcentage minimum d'actions requis, qui ne peut pas être inférieur à 50% des droits de vote permanents³³⁸. Aussi, les associés des sociétés participantes qui apportent leurs titres reçoivent en contrepartie des actions de la SE³³⁹. Le pourcentage d'actions ou de parts apportés par chaque actionnaire, correspond aux parts ou actions qu'il recevra.

216. En effet, la constitution d'une SE est régie par la loi applicable à la SA de l'État où la SE fixe son siège statutaire, sous réserve des dispositions du Règlement SE. Contrairement à une SA, une *SE holding* ne requiert pas le nombre de sept actionnaires minimum. La SE n'a pas besoin de recourir à des subterfuges, qui peuvent être licites mais complexes et parfois incertains pour se faire.

217. Le protocole d'accord ayant pour objet la création d'une société *holding* peut prévoir des clauses permettant de réaliser une gestion égalitaire et commune³⁴⁰, pour la répartition équilibrée du capital. La composition paritaire du conseil d'administration ou du directoire est requise. Toutefois ces clauses peuvent être remises en causes, car elles peuvent limiter la liberté de vote des actionnaires, et porter atteinte au droit de vote.

218. En revanche, la jurisprudence valide les conventions de vote destinées à organiser les rapports entre les actionnaires d'une même société, pour assurer un

³³⁷ Le potentiel de développement de ce bien peut être important et même se trouver être au cœur de l'opération. Pourtant, ces biens peuvent être dotés d'une faible valeur lors de la constitution de la société. Dans une telle situation la valeur du bien sera calquée sur son potentiel et non sur sa valeur au moment de l'apport. Cette pratique de surévaluation ne pose pas problème si elle ne porte pas atteinte aux droits des créanciers qui l'ont acceptée, de même qu'elle ne porte pas atteinte aux droits du coassocié qui accepte cette prise de risque. Dans le cas contraire un contrôle sera réalisé par le commissaire aux comptes. Pour éviter ce contrôle, les partenaires, ont recours à des montages contractuels tels que les contrats de licence. Ces pratiques sont acceptées dans la mesure où elles ne revêtent pas de caractère frauduleux.

³³⁸ Cette règle constitue un assouplissement eu égard à la norme initiale qui exigeait un pourcentage de 100 %. Dans la proposition du Règlement SE qui date de 1989, toutes les actions des sociétés fondatrices passaient à la SE en échange des actions de la *SE holding*.

³³⁹ Article 33 du Règlement SE.

³⁴⁰ Tr. Com. Paris, *Affaire Schneider/ Marine-Firminy*, 1^{er} août 1974, *Rev. soc.*, 1974, p. 685.

Une convention prévoyant une répartition égalitaire du capital entre deux groupes d'actionnaires et une composition paritaire du conseil d'administration a été validée. Elle ne portait pas atteinte au libre principe de révocabilité des administrateurs, Cass. com., 19 décembre 1983, *Bull. civ. IV*, n° 353.

De même le protocole prévoyant une composition paritaire du directoire est valable lorsqu'il ne constitue pas une atteinte structurelle au droit de vote, P. LE CANNU, note sous, Cass. com., 2 juillet 1985, *op. cit.*, p. 374.

fonctionnement harmonieux de celle-ci, dans l'intérêt commun des associés³⁴¹. Les conventions de vote sont en principe permises, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte à l'intérêt social³⁴², ou à une règle d'ordre public du droit des sociétés, du droit des contrats et des obligations en général³⁴³.

219. Le Règlement SE donne aux partenaires désireux de coopérer ensemble dans une structure organisée, un outil plus adapté facilitant la création de *holding* et de filiale. Ces opérations étaient possibles avant l'arrivée du Règlement SE, contrairement au transfert de siège social d'une société d'un Etat membre à un autre et la fusion transfrontalière entre sociétés.

Section 2 : Le Règlement SE, vecteur de mobilité transfrontalière et de concentration juridique

220. Le principal apport du Règlement en termes de restructuration est la mobilité, qu'il s'agisse du transfert de siège social vers un autre Etat membre ou de la fusion transfrontalière. Il élide les principaux obstacles auxquels étaient confrontés les promoteurs de ces opérations. En effet, le transfert de siège social tel qu'il est organisé par le Règlement SE autorise la survie de la personnalité juridique de la société malgré le transfert et le changement de loi applicable occasionné. Il contient un régime juridique mettant fin aux règles de conflit qui contrariaient la mise en place de ces fusions.

³⁴¹ « Il est acquis en doctrine que les conventions de vote sont en principe valables, dès lors que l'actionnaire ne se trouve pas irrévocablement privé de tout droit d'intervention dans les affaires sociales, que ces conventions ne sont pas contraires à l'intérêt social, qu'elles sont exemptes de fraude et limitées dans leur objet et dans leur durée », cf. CA Paris, 5^e ch C, 30 juin 1995, *JCP éd. E*, n° 10, 1996, p. 795.

³⁴² D'ailleurs, « le rôle du juge n'est pas de se substituer aux dirigeants et aux actionnaires dans l'appréciation de l'opportunité de leurs décisions et de la conformité de celles-ci avec l'intérêt social, mais seulement d'écarter les décisions directement contraires à ce dernier, sauf à s'immiscer indûment, contre tous les principes et sans être compétent pour le faire, dans la gestion des sociétés privées », cf. CA Paris, 5^e ch C, 30 juin 1995, *op. cit.*, p. 795.

³⁴³ Note sous CA Paris, 5^e ch C, 30 juin 1995, *ibid*, p. 795. L'attendu de la CA de Paris résume les conditions retenues par la jurisprudence (et même par la doctrine) pour la validité des conventions de vote, elles (en l'espèce l'engagement de Metaleurop) doit être tenu pour licite dès lors qu'il est limité à l'opération concernée, « qu'il est conforme à l'intérêt social et qu'il est exempt de toute idée de fraude ». On peut également reprendre une partie du jugement du Tribunal de commerce de Paris rendu le 4 mai 1981 (Juris-Data n° 1981-000199), « les engagements, à tout le moins individuels, de vote qui ne comportent pas un avantage consenti pour voter dans un certains sens, ne sont pas prohibés par le droit positif..., il convient de les déclarer licites dans leur principe, sous réserve que l'actionnaire soit pleinement informé de son engagement et à égalité avec les autres votants à l'assemblée générale ».

221. La directive relative aux fusions transfrontalières de 2005, transposée en France en 2008, permet aux SA d'accéder à cette opération sans pour autant donner naissance à une SE. Il ne faut pas oublier que le régime mis en place pour y aboutir, est très largement inspiré par celui qui existe dans le Règlement SE.

222. Ainsi, le Règlement SE annule d'une part les obstacles à la réalisation d'une fusion transfrontalière (§ 1), et d'autre part, les obstacles à la réalisation d'un transfert de siège social (§ 2).

§ 1 : L'évasion des obstacles à la réalisation d'une fusion transfrontalière

223. Au moment de la publication du Règlement SE, ce dernier était le seul en mesure de proposer à des SA la réalisation d'une fusion transfrontalière, bien qu'elle se solde par la création d'une SE. Aucun Etats membres n'avait engagé des négociations en vue de rendre possible des fusions de sociétés relevant de législations différentes, tel qu'il est recommandé par l'article 293 du Traité CE. La proposition de la 10^e Directive qui pouvait rendre possible une telle opération entre SA n'avait pas encore abouti, alors qu'elle avait été présentée dès 1985 par la Commission. Elle a été adoptée en 2005 et elle s'inspire fortement de la procédure décrite dans le Règlement SE.

224. Cette opération est l'une des mesures phare du Règlement SE. A l'initiative des SA (telles que visées par l'annexe I du règlement), une SE peut être constituée par voie de fusion, lorsque au moins deux de ces sociétés ont leur siège statutaire et leur administration centrale situées dans des Etats membres différents.

225. Cela ne signifie pas pour autant que ce soit la seule chose que le Règlement SE ait à offrir. La création d'une SE n'est pas qu'un instrument de réalisation de fusion transfrontalière³⁴⁴. Son utilité s'apprécie dans son ensemble. Pour que le Règlement SE ne soit pas « détourné », dans la seule fin de réaliser une fusion, il y est prévu que la SE ne peut pas changer de forme pendant un délai minimum de deux ans. D'autant que les sociétés ne sont pas obligées d'adopter cette forme pour y aboutir.

³⁴⁴ L'auteur pose la question de savoir si la fin et les moyens ne font pas l'objet de confusion, cf. A. COURET, « Les techniques de constitution de la SE », *op. cit.*, p. 17.

226. Le Règlement SE reste le premier à avoir rendu possible la fusion transfrontalière en édulcorant les différents obstacles à cette réalisation. En effet, d'une part, il met en place un régime unifié en vue de constituer une SE par voie de fusion transfrontalière (A), et d'autre part, il ne requiert pas l'unanimité dans la prise de décision d'une telle opération (B).

A) Le régime unifié des fusions transfrontalières prévu par le Règlement SE

227. La directive 78/855/CEE a permis d'harmoniser les législations des différents Etats membres concernant la fusion interne. De nombreuses options sont laissées aux Etats membres mais elles ne permettent pas de réglementer l'ensemble d'une fusion transfrontalière.

228. En revanche, le régime applicable à la constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière, nivelle les difficultés engendrées par la seule application du système de résolutions des conflits. Ce système rendait extrêmement complexe ce type d'opération, comme nous avons pu l'observer précédemment.

229. L'application des règles de conflit est fondée sur la technique de la projection. Cette technique exige pour la réalisation des fusions transfrontalières que les droits internes des Etats membres soient suffisants, quant aux conditions et aux effets de la fusion. En l'occurrence, le Règlement SE organise toutes les étapes d'une fusion transfrontalière résidant dans la découverte de la loi applicable. Il a rendu l'opération juridiquement réalisable dès 2001, et en France dès le 8 octobre 2004 date à laquelle des règles d'adaptation au droit français ont été prises³⁴⁵.

230. Tout d'abord, le Règlement SE délimite les contours des opérations visées. Ce texte est le premier à avoir donné une définition de la fusion commune à tous les Etats signataires³⁴⁶. Dans le cadre de la constitution d'une SE par voie de fusion

³⁴⁵ La procédure est allégée dans les cas visés par l'article 31 § 2 du Règlement SE. Il s'agit de la fusion entre une société mère et sa filiale à 100 %, et même de la fusion absorption effectuée par une société qui détient 90 % ou plus mais pas la totalité des actions ou autres titres conférant un droit de vote dans l'assemblée générale d'une autre société.

³⁴⁶ Le rapport LENOIR propose d'élargir la notion de fusion, en y englobant les apports partiels d'actif, afin d'aller « dans le sens d'un accroissement de la mobilité, mais aussi de la compétitivité des entreprises ». Cet élargissement vaudrait aussi bien pour la notion qui apparaît dans le Règlement SE, que pour celle qui apparaît dans la directive fusion transfrontalière 2005, cf. N. LENOIR, (table animée et introduite par),

transfrontalière, tous les Etats de l'Union reconnaissent le même principe de cette fusion et de dévolution universelle du patrimoine³⁴⁷. Elle consiste en la transmission sans liquidation du patrimoine, de la société absorbée ou des sociétés parties par création d'une société nouvelle, vers la société absorbante ou la société nouvelle³⁴⁸.

231. Le Règlement SE, dans son article 17, envisage aussi bien la fusion absorption que la fusion par création d'une société nouvelle³⁴⁹. Selon le premier mécanisme prévu par ce Règlement, la société absorbante prend la forme d'une SE simultanément à la fusion. Aux termes du second mécanisme, la société issue de l'opération prend la forme d'une SE³⁵⁰.

232. La première opération visée est celle par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine (actif et passif). Une attribution aux actionnaires de la ou des sociétés absorbées d'actions de la société absorbante et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable, leurs sont proposées³⁵¹.

233. La seconde opération est celle par laquelle plusieurs sociétés transfèrent à une nouvelle société, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine (actif et passif) moyennant l'attribution à leurs actionnaires d'actions de la nouvelle société et, éventuellement. Une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable³⁵², peut leur être proposée.

« Les formes de sociétés : de la SE à la SPE », in *Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe : fusions transfrontalières, SE, SPE*, Rev. Lamy droit des aff., n° 37, avril 2009, p. 86.

³⁴⁷ Ces mécanismes sont les mêmes que ceux décrits par la directive 78/855/CEE relative aux fusions internes. Leurs définitions correspondent aux mêmes mécanismes visés par le Règlement SE. Cependant, ce dernier ne laisse pas aux Etats membres de latitude quant à l'acceptation du principe même de fusion transfrontalière et de dévolution universelle du patrimoine.

³⁴⁸ H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 81. Dans son article, l'auteur cite des Etats membres qui n'acceptent pas le principe même de fusion transfrontalière, mais également ceux qui s'opposent pas à ce principe mais à celui de la transmission du passif.

³⁴⁹ Dans les premières versions du Règlement, la fusion absorption n'était pas envisagée.

La directive 2005/56/CE envisage les mêmes opérations.

³⁵⁰ Aux termes de l'article 2 § 1 du Règlement, les sociétés anonymes qui figurent à l'annexe I, constituées selon le droit d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans la Communauté, peuvent constituer une SE par voie de fusion si deux d'entre elles au moins relèvent du droit d'Etats membres différents.

³⁵¹ Conformément à l'article 3 § 1, de la directive 78/855/CEE.

³⁵² Conformément à l'article 4 § 1, de la directive 78/855/CEE.

234. Par conséquent, les différentes définitions de la fusion ne sont plus un obstacle au succès d'une fusion transfrontalière, les Etats connaissent le même principe de dévolution universelle.

235. Le Règlement SE précise les règles applicables à la constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière. Ce régime est unifié, afin qu'une telle opération ne soit plus semée d'embuche (les différentes législations étant insuffisantes en la matière)³⁵³. Force est de constater que la confrontation des ordres juridiques peuvent conduire à des impasses. Surtout, lorsqu'il existe des divergences entre les différents systèmes qui peuvent avoir vocation à s'appliquer.

236. Afin de résoudre les conflits de lois en matière de fusion, certains aspects de l'opération faisaient l'objet d'une application distributive et d'une application cumulative, des différentes lois en présence. Ce dernier aspect pouvait conduire à la confrontation de lois contradictoires, amenant l'application de la loi la plus restrictive³⁵⁴. La mise en place de règles matérielles par le Règlement annule ces contraintes.

237. Quant aux aspects de la procédure, qui font l'objet d'un renvoi aux droits nationaux (des fusions entre SA), ils ne posent pas de difficultés puisque ces différents points ont fait l'objet d'une harmonisation par la troisième directive 78/855 du 9 octobre 1978 relative aux fusions entre SA³⁵⁵.

238. Il semblerait que le renvoi aux droits nationaux, pour les modalités relevant de la parité d'échange, soulève une difficulté. La méthode de calcul peut être différente selon la loi applicable dont les sociétés relèvent³⁵⁶. Il est aussi reproché à la directive relative aux fusions transfrontalières, de peu détailler les aspects comptables de la fusion. Il ne prévoit rien non plus en cas de différence entre les modalités de valorisation de

³⁵³ « Le Règlement ne pouvait pas faire l'économie d'un régime précis des opérations de fusions destinées à donner naissance à une SE », cf. J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 31.

³⁵⁴ « Une application cumulative signifie que c'est la loi la plus restrictive qui l'emportera », cf. J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international », in *La société européenne, colloque organisé le 7 février 2002 par le Centre du droit de l'entreprise de l'université Robert Schuman (Strasbourg III) avec la participation de la Quinzaine européenne, Petites affiches*, 2002, n° 76, p. 43.

³⁵⁵ « Là où c'est l'application distributive des lois en présence qui joue, il n'y a plus d'obstacle et on peut très bien maintenir le système. C'est ce qu'a réalisé le règlement », J.-M. BISCHOFF, *ibid*, p. 43.

³⁵⁶ N. LENOIR, (table animée et introduite par), « Les formes de sociétés : de la SE à la SPE », *op. cit.*, p. 86 s.

titres, des actifs et des passifs transférés, selon la loi applicable aux différentes sociétés participantes³⁵⁷.

239. Les modalités de constitution d'une SE par voie de fusion, est une combinaison de règles matérielles et de renvois vers la loi de l'Etat du siège des sociétés participantes.

240. En pratique, il résulte de l'article 18 du Règlement SE que chaque société promouvant l'opération, d'être soumise à la législation applicable à la fusion de SA de l'Etat dont elle relève, pour les modalités non couvertes ou partiellement couvertes par le Règlement³⁵⁸. Cet article pose ici la règle de conflit, qui est qualifiée de claire et précise³⁵⁹. Le Règlement SE a recours à la méthode conflictuelle, en accordant compétence aux lois des Etats où leurs sièges se situent, afin de régir de manière distributive certains aspects de la fusion³⁶⁰. En effet, elle y a notamment recours pour ce qui concerne la protection des différents intérêts pouvant être affectés lors de la constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière³⁶¹.

241. A compter de la délivrance du « certificat de conformité » et de l'achèvement des mesures de publicité, les étapes de la procédure qui ne font pas l'objet de règles matérielles dans le Règlement SE. Elles sont régies par la loi du futur siège de la SE³⁶². Les points de la procédure qui suivent, tels que ceux qui sont relatifs au contrôle de la réalisation de la fusion et à la constitution de la SE, font suites à l'achèvement des différentes étapes décrites dans l'article 18 du Règlement.

³⁵⁷ M. MENJUCQ, (table animée et introduite par), Les fusions transfrontalières », in *Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe : fusions transfrontalières, SE, SPE, Rev. Lamy droit des aff.*, n° 37, avril 2009, p. 74.

³⁵⁸ H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 81. Dans son article, l'auteur énumère brièvement l'ensemble des opérations issues des règles matérielles énumérées par le Règlement ; mais également celles qui sont régies par le droit de national des sociétés qui participent au projet de fusion.

³⁵⁹ J. BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 76.

³⁶⁰ M. MENJUCQ, « La société européenne », *op. cit.*, p. 225.

³⁶¹ F. COLLIN, J.-Ph. DOM et J.-C. PAROT, « La société européenne », *Actes pratiques sociétés éditions du juris-classeur*, mai-juin 2002, p. 5 ; C. GOYET, « Présentation du Règlement du Conseil relatif au statut de la société européenne (societas europaea), Aspects de droit international », in *La société européenne, Petites affiches*, 2002, n° 76, p. 23.

La directive 2005/56/CE relative aux fusions transfrontalières, en fait de même ; Directive n° 2005/56, article 4-2 ; cf. M. MENJUCQ, (table animée et introduite par), Les fusions transfrontalières », *op. cit.*, p. 74 s.

³⁶² C'est ce qu'indique l'article 26 du Règlement SE.

242. Les règles matérielles élimine les obstacles sur la résolution des conflits³⁶³. Des difficultés s'élevaient aux différents points de la procédure, en rapport avec l'établissement du projet du traité et ceux relatifs aux effets de la fusion. Ces obstacles naissaient par l'application cumulative des dispositions nationales propres à chacune des sociétés participantes. Le Règlement SE a fait disparaître cet aspect au profit de règles matérielles. Le contenu du projet de fusion est détaillé dans l'article 20 du Règlement SE, tandis que les effets attachés à la fusion sont précisés dans l'article 29. L'application cumulative des droits nationaux est ainsi évitée. Pour autant, le manque de clarté d'une des dispositions du Règlement peut obstruer la réussite de la création d'une SE par voie de fusion transfrontalière. Il s'agit de l'une de ses étapes incontournables, celle de la prise de décision d'une fusion transfrontalière, ayant pour objectif la création d'une SE.

243. Les différentes étapes de constitution d'une SE, sont issues d'une combinaison de dispositions nationales (dans les conditions harmonisées de la directive n° 78/855/CEE sur les fusions internes) et de règles matérielles issues du Règlement SE. C'est une source de simplification et de sécurité importante pour le praticien qui dispose désormais de règles claires sur les dispositions applicables à chaque étapes de la procédure³⁶⁴. De manière similaire la 10^e directive a calqué la procédure de fusion transfrontalière sur celle mise en place par le Règlement SE. Effectivement, elle réalise une même combinaison de règles de conflit de lois et matérielles³⁶⁵. Il est intéressant de souligner que l'article 5 de la directive n° 2005/56/CE portant sur les mentions du projet commun, est largement inspiré de l'article 20 du Règlement SE. De même que le déroulement de la procédure de fusion est calqué sur les dispositions du Règlement SE en sus de quelques aménagements³⁶⁶.

³⁶³ La directive 2005/56/CE relative aux fusions transfrontalières, en fait de même pour déterminer les conditions de la mise en œuvre de ces opérations.

³⁶⁴ O. DU MOTTAY et F. FAGES, « Société européenne et fusions transfrontalières », in *Société européenne, Droit et patrimoine*, n° 163, octobre 2007, p. 77.

Voir supra pour les autres étapes de la procédure.

³⁶⁵ M. MENJUCQ, (table animée et introduite par), *Les fusions transfrontalières*, op. cit., p. 74 s.; directive n° 2005/56, considérant n° 3.

³⁶⁶ M. MENJUCQ, *ibid*, p. 74 s.

La procédure de fusion transfrontalière résultant de l'application de 10^e directive, paraît pour certains points moins complexe que celle qui est applicable à la constitution d'une SE par voie de fusion.

B) La levée de l'unanimité dans la prise de décision d'une fusion transfrontalière ayant pour objectif la création d'une SE

244. Parmi les différents éléments de la procédure sur l'opération, figure le projet de fusion. L'article 20 du Règlement SE énumère les différents éléments qui doivent obligatoirement figurer dans ce projet³⁶⁷. Outre, la dénomination sociale, le siège statutaire des sociétés qui fusionnent, les statuts envisagées pour la SE issue de la fusion (...), et les modalités relatives à l'implication des travailleurs, figurent, notamment, des éléments destinés à informer les actionnaires et les porteurs d'autres titres que des actions, sur leurs droits financiers auxquels leurs titres donnent droit. En effet, les associés doivent pouvoir être pleinement éclairés pour pouvoir décider s'ils veulent ou non rester.

245. Le projet de fusion établit par les organes de direction ou d'administration des sociétés qui fusionnent, doit être approuvé par chacune des assemblées générales des sociétés. Ces dernières peuvent subordonner leurs décisions à l'adoption des modalités décidées en matière d'implication des travailleurs dans la SE. En effet, si les organes de direction ou d'administration lance le projet de création d'une SE par voie de fusion, les associés doivent en approuver les modalités. Différents éléments publiés leur permettent de donner un consentement éclairé³⁶⁸.

246. Le Règlement SE ne précise ni le quorum, ni la majorité requise. Néanmoins, pour les matières non couvertes, ou qui le sont partiellement par le Règlement, chaque société participant à la constitution d'une SE par voie de fusion est soumise aux dispositions du droit de l'État membre dont les sociétés relèvent, applicables à la fusion de SA.

247. Par conséquent, l'exigence de l'unanimité des associés est levée. Pourtant, l'article 23 du Règlement SE ne fait qu'indiquer que « l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent approuve le projet de fusion », sans rien préciser d'autres.

248. Concernant la définition de l'unanimité, la jurisprudence est claire. Les juges considèrent que l'accord unanime s'entend comme le consentement de chacun des

³⁶⁷ Conformément à ce même article, les sociétés sont libres d'y faire figurer d'autres éléments.

³⁶⁸ Voir infra.

associés³⁶⁹ tenus par le pacte social (et pas seulement les actionnaires présents ou représentés à l'assemblée). Cette définition résulte de la combinaison des articles 1832 et 1836 du Code civil, qui traitent respectivement du contrat de société et des engagements d'un associé. Ce dernier ne peut voir son engagement augmenter sans son consentement. Selon l'article 1834 du Code civil, la combinaison de ces textes s'applique à toutes les formes sociales, chaque fois que la loi n'en dispose pas autrement.

249. Ainsi, l'absence de précision du Règlement SE conduit à se référer au droit national des fusions internes entre SA, conformément à son article 18. La majorité requise pour décider d'une fusion interne est la majorité des deux tiers, comme pour toutes modifications des statuts³⁷⁰. Seulement un doute subsiste au niveau de la jurisprudence sur la notion d'aggravation des engagements.

250. Peut on en conclure que les SE seraient comme les SA, pratiquement empêchées de réaliser des fusions transfrontalières ? Il semble qu'il s'agisse de l'interprétation restrictive qui prévaut.

251. Si loin que l'on remonte dans l'histoire des débats sur la SE, il a toujours été convenu que la fusion était l'un des instruments privilégiés de sa gestion transfrontalière. Retenir une interprétation restrictive revient à priver le Règlement SE de l'un de ses effets utile et attendu. Les SE pourront, comme les autres SA, réaliser de telles fusions dès l'entrée en vigueur de la directive 2005. Toutefois, cela n'aurait pas de sens : la discussion sur ce texte a pu être réactivée grâce à la parution du statut de la SE. Il est indépendant de ce dernier. La majorité requise, au moment de l'adoption des dispositions pour accueillir le Règlement SE dans le droit français, était incertaine.

252. En effet, en France, au moment de l'adoption de mesures législatives destinées à accueillir le Règlement SE, seules les SA sont habilitées à constituer une SE par le biais d'une fusion transfrontalière. De plus, selon l'article L 236-2 du Code de commerce, une fusion interne est décidée dans les conditions requises pour une modification des statuts, par une assemblée générale extraordinaire. En outre, selon les termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L 225-96 du Code de commerce, l'assemblée générale

³⁶⁹ Par associés, les juges entendent le groupe constitué de toutes les personnes physiques ou morales, parties prenantes au contrat de société, LEGROS, note sous, CA Versailles, 24 février 2005, *JCP éd. E*, n° 20, 2005, p. 737.

³⁷⁰ Selon l'article L 236-11 du Code de commerce, pour une fusion simplifiée, en droit interne une assemblée générale extraordinaire de l'absorbée n'est pas nécessaire.

extraordinaire est habilitée à modifier les statuts, dans toutes leurs dispositions à la majorité, par les deux tiers des voix selon un quorum précisé au 2^e alinéa du même article. Toutefois, elle n'est pas habilitée à augmenter les engagements des actionnaires.

253. Une jurisprudence a circonscrit la notion d'aggravation des engagements aux seules obligations pécuniaires (ainsi que des obligations de faire et ne pas faire de l'associé). Elle exclut la restriction des droits des associés, afin que toute modification de cette dernière ne nécessite qu'une délibération à la majorité qualifiée³⁷¹. La pertinence de la distinction entre l'augmentation des engagements et la diminution des droits de l'associé, repose sur l'atteinte de manière décisive aux droits et libertés individuels d'un associé. Ceci ne doit pas être confondu avec leur simple aménagement³⁷². En d'autres termes, si une mesure traduit un simple aménagement des droits d'un associé, il n'y pas d'atteinte décisive à la liberté individuelle de l'associé. Il s'agit d'une simple diminution de ses droits. Cette distinction a également cours en matière de restructuration.

254. Selon la jurisprudence, il y aurait augmentation des engagements de l'associé chaque fois qu'il se trouve débiteur d'une obligation monétaire. Elle peut excéder les obligations auxquelles il a consenti en adhérant au pacte social. Etant observé que le contenu concret de ces obligations varie selon la forme sociale et l'objet social³⁷³.

255. Mais qu'en est-il de la création d'une SE par voie d'une fusion transfrontalière ? On peut s'interroger sur le risque d'augmentation des engagements pour les associés de la société absorbée, et pour les associés de la société qui disparaît suite à cette opération par constitution d'une nouvelle société.

256. La constitution d'une SE par voie de fusion, entraîne pour les associés de la société absorbée un changement de loi applicable. La loi qui régit la SE, dépend de son siège social, ce dernier peut être différent de celui de la société absorbée. Il en est de même pour les associés des sociétés qui disparaissent avec la fusion, et fruit d'une nouvelle société immatriculée dans un autre Etat membre. Le changement de loi applicable, auquel est soumis l'engagement au pacte social des associés, conduit, *a priori*,

³⁷¹ G. TAORMINA, « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc.*, 2002, p. 267. Après tout, comme le constate l'auteur, « s'engager c'est dans une certaine mesure, consentir à aliéner sa liberté, et donc consentir à restreindre ses droits en acceptant la règle du jeu social ».

³⁷² F. RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com*, 2000, p. 27.

³⁷³ J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER, « Droit des sociétés, chroniques », *JCP éd. G*, n° 29, 20 juillet 2005, I, 156.

à un simple aménagement de leurs droits. Par conséquent, comme pour une fusion interne, la constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière, est décidée comme une modification statutaire.

257. Le régime juridique de la SE est proche de celui de la SA, notamment en ce qui concerne la protection des intérêts des actionnaires minoritaires. Le risque d'augmentation des engagements des associés, ne se situe donc pas là. Il est causé par le changement de loi applicable (aux engagements des associés). D'ailleurs pour une fusion transfrontalière entre SA, les auteurs considèrent que le changement de loi applicable à l'engagement des associés de la société absorbée, conduit à ce que la décision soit prise à l'unanimité³⁷⁴. Cependant, certains auteurs s'opposent à ce raisonnement, en faisant valoir que puisque la société absorbée disparaît suite à une fusion, elle ne peut pas changer de nationalité. La fusion absorption transfrontalière doit donc pouvoir être votée dans les mêmes conditions qu'une fusion interne³⁷⁵. Sauf dans le cas d'une augmentation des engagements des associés, cette dernière n'étant pas systématique³⁷⁶.

258. L'absence de changement de nationalité d'une société qui disparaît, n'est pas remise en cause. En revanche, la loi dont relève l'engagement des associés diffère³⁷⁷. Une société française peut *a priori*, au moment de l'adoption du Règlement SE, absorber une autre SA (ou société équivalente à la SA) issue de l'Union. Mais, elle pourra difficilement être absorbée par une autre SA issue de l'Union.

259. La constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière semble conduire à un simple aménagement des droits des associés. En effet, le régime juridique de la SE varie selon l'Etat auquel elle est rattachée³⁷⁸ mais il s'agit pour la plupart d'aménagement. En conséquence, au regard de la jurisprudence, l'exigence de l'unanimité ne semble pas légitime, parce qu'il n'existe pas de risque d'augmentation des engagements des associés.

260. L'exigence de l'unanimité a disparu, mais pas la protection des actionnaires qui n'ont pas voté en faveur du projet de constitution d'une SE par voie de fusion

³⁷⁴ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit.

³⁷⁵ La position tenue notamment par H. LE NABASQUE sur l'absence d'unanimité, part du constat établi notamment par B. Goldman. Une société qui disparaît ne peut pas changer de nationalité. J.-P. BERTREL, « La société européenne-Aspects du droit des sociétés », in *La société européenne, Droit et patrimoine*, n° 125, avril 2004, p. 50 s.

³⁷⁶ J.-P. BERTREL, *ibid*, p. 50 s.

³⁷⁷ Voir infra.

³⁷⁸ Voir infra.

transfrontalière. En effet, d'autres dispositions en faveur des actionnaires minoritaires existent dans le Règlement³⁷⁹.

261. Finalement, la directive de 2005 relative aux fusions transfrontalières a permis de clarifier la situation, en exigeant que l'opération soit décidée dans les mêmes conditions de quorum et de majorité, qu'une simple fusion interne. En conséquence, les associés d'une société de droit français peuvent décider d'une fusion transfrontalière, à la majorité requise pour modifier les statuts³⁸⁰. L'ambiguïté de la majorité requise pour la constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière est ainsi levée.

262. Malgré cette petite incertitude, la combinaison de dispositions nationales et des règles matérielles issues du Règlement SE³⁸¹, permet de clarifier et de sécuriser la procédure de fusion. Elle élude les principaux obstacles juridiques qui obstruaient l'accomplissement d'une procédure de fusion transfrontalière. La réalisation d'une fusion transfrontalière oblige à prendre la forme d'une SE, mais il ne faut pas négliger le fait que le statut est, même s'il est proche de celui de la SA, beaucoup plus souple que ce dernier. Le Règlement SE offre d'autres avantages que seule cette société connaît pour l'instant, parmi lesquelles le transfert de siège social. La SE est la seule forme sociale pour qui la réalisation d'un transfert de siège social, dans l'Union européenne, est possible sans contrainte.

§ 2 : L'éludation des obstacles à la réalisation d'un transfert de siège social

263. Le transfert international du siège social d'une société, est l'opération initiée par les associés qui modifie la localisation du siège social de la société en changeant son lieu d'immatriculation et les statuts de celle-ci. Afin, qu'elle ne soit plus juridiquement rattachée au même Etat³⁸².

264. Cependant, en l'absence de l'adoption de la 14^e directive sur le transfert de siège intra-européen, cela s'avère difficile voire impossible. Les Etats craignent que les

³⁷⁹ Voir infra.

³⁸⁰ C'est ce qui résulte notamment de l'article L 236-25 *in fine* du Code de commerce.

³⁸¹ En unifiant le régime pour tout ce qui doit être élaboré dans les mêmes termes par chacune des sociétés parties à l'opération.

³⁸² Cf. BEGUIN J., « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », in Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau, Dalloz, 2003, p.43, spéc. p.48.

sociétés fuient des mesures juridiques et ou fiscales trop lourdes. Néanmoins, si la 14^e directive aboutit un jour, ce sera grâce au Règlement SE. Les dispositions qui apparaissent dans les projets de cette directive, s'inspirent de la procédure de transfert qui est décrite dans ce Règlement.

265. Aussi, la possibilité pour la société européenne de pouvoir transférer son siège social, s'avère salubre³⁸³. Elle est offerte par le Règlement à la SE et a émergé à partir de la proposition du Règlement SE du 16 mai 1991³⁸⁴. Le principe de transfert ainsi que le détail de son régime apparaissent dans l'article 8 du Règlement SE³⁸⁵.

266. Les principaux obstacles liés au transfert de siège social ont disparu ou du moins diminués³⁸⁶. D'une part, le transfert du siège social de la SE ne remet pas en cause la survie de la personnalité juridique de la société (A), et d'autre part, la décision de transférer le siège social de cette société peut être votée sans que l'unanimité soit requise (B).

A) Conservation de la personnalité morale de la SE lors du transfert de son siège social

267. L'article 8 du Règlement (§1 plus précisément) offre à la SE la possibilité de transférer son siège social, dans n'importe quel Etat membre. En effet, l'opération ne donne lieu ni à dissolution, ni à la création d'une personne morale nouvelle. Un Etat membre ne peut entraver le départ, sauf exception³⁸⁷, ou l'accueil d'une société, du moins si elle revêt la forme d'une SE.

³⁸³ « Certes le groupement d'intérêt économique dispose aussi du droit de transférer son siège d'un Etat membre vers un autre mais il n'a rencontré qu'un succès modéré et, de toute manière, il ne saurait constituer qu'une structure d'implantation secondaire en raison de la limitation de son objet », cf. M. MENJUCQ, « Régime juridique et fiscal du transfert de siège de la société européenne », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 211. Règl. CEE n° 85/2137/CEE, 25 juill. 1985, relatif à l'institution d'un GEIE, article 13.

³⁸⁴ JOCE n° C 176 du 8 juillet 1991.

³⁸⁵ Les différentes modalités de la procédure ne seront pas examinés ici, voir supra.

³⁸⁶ En outre, en parallèle, le législateur français à travers l'article 34 de la loi de finances pour 2005, a anticipé l'entrée en vigueur de la directive n° 2005/19/CE du 17 02 2005, et surtout préparé l'arrivée du Règlement SE en France. Il instaure le principe de neutralité fiscale en cas de transfert du siège de la société européenne et de la société coopérative européenne. Ainsi, il lève l'obstacle fiscal au transfert du siège d'une société au sein de l'Union européenne. Voir infra.

³⁸⁷ Voir infra.

268. Il s'agit d'une des plus grandes avancée offerte par le Règlement SE. Beaucoup de législations européennes ne connaissent pas le principe de continuité de la personnalité juridique suite à un transfert de siège social d'un Etat membre à un autre³⁸⁸. L'opération ne peut se réaliser que par la dissolution puis la création suite à la reconstitution de la société dans un autre Etat³⁸⁹. Néanmoins, depuis l'arrêt *Centros*, un Etat membre ne peut s'opposer à l'accueil d'une société qui a transféré son siège social de son Etat membre d'origine³⁹⁰. En revanche, un Etat membre peut toujours s'opposer au départ d'une société qui lui est rattachée juridiquement. En droit français, le transfert du siège social d'une SA ne conduit pas à sa dissolution, mais il requiert que la décision des associés soit votée à l'unanimité.

269. L'affirmation de ce principe de continuité de la personnalité morale de la société, est salubre. La nécessaire adaptation des statuts aux lois applicables dans l'Etat d'accueil, aurait pu faire naître un débat « sur la survie » de la personnalité juridique de la société, atteinte dans l'un de ses éléments essentiels par cette modification³⁹¹. En effet, en changeant de nationalité, la société change de loi applicable, or c'est d'elle qu'elle tire sa personnalité juridique, d'où l'atteinte à un élément essentiel de sa personnalité. Le changement de loi applicable, ou en d'autres termes la modification de la *lex societatis* ainsi que le changement de nationalité³⁹² ne sont pas un obstacle pour la SE.

270. Toutefois, les conséquences d'une telle opération n'ont pas totalement disparues, elles se trouvent amoindries³⁹³. En effet, puisque le Règlement SE fait de nombreux renvois au droit national, cette société peut donc varier d'un Etat membre à un autre. Cette succession de lois applicables à la société requiert des adaptations, un « toilettage » des statuts s'avère donc inéluctable. Au contraire, dans les premiers projets de Règlement SE, cette société était uniquement régie par ce Règlement et les principes

³⁸⁸ Pour un aperçu de l'état actuel du droit positif européen en la matière, cf. H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 81, n° 7.

³⁸⁹ Voir *infra*.

³⁹⁰ Voir *infra*.

³⁹¹ M. MENJUCQ, « Régime juridique et fiscal du transfert de siège de la société européenne », *op. cit.*, p. 211; J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international », *op. cit.*, p. 43.

³⁹² Le siège social permet de déterminer la loi applicable à la société, et parfois sa nationalité. Voir *infra*.

³⁹³ L'absence de perte de la personnalité juridique d'origine de la société permet d'écarter tout débat sur les conséquences du transfert.

généraux dont il s'inspire³⁹⁴. Elle était dotée d'un véritable statut européen, aucune modification statutaire n'était nécessaire³⁹⁵.

271. Les différents conflits de rattachement, selon que l'Etat de départ ou d'accueil, connaisse le système d'incorporation ou du siège réel, ne semble pas concerner la SE³⁹⁶. D'autant que le siège social statutaire et le siège réel doivent se situer dans le même Etat. Alors que la jurisprudence européenne autorise cette dissociation³⁹⁷. Cela permet d'éviter tout risque, même hypothétique, de conflit de lois ; qu'il soit juridique ou fiscal. Pour éviter que la société soit soumise à deux législations différentes, elle doit être radiée des registres de son Etat d'origine. Le Règlement prévoit que le registre de la nouvelle immatriculation notifie ce changement au registre de l'Etat de départ. Ce dernier procède à la radiation de cette société dès réception de cette notification³⁹⁸. Cela réduit les risques d'insécurité juridique³⁹⁹.

272. La société, ainsi que les associés qui la composent, sont soumis successivement à deux lois nationales, du fait du transfert du siège social dans un autre Etat⁴⁰⁰. En droit français, ce changement de nationalité et de loi applicable a pour effet

³⁹⁴ « Le transfert intra-communautaire du siège social allait de soi », J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international », *op. cit.*, p. 43.

³⁹⁵ Voir *infra*.

³⁹⁶ Voir *infra*.

Dans des Etats connaissant le principe du siège statutaire, sociétés immatriculées dans leurs registres, relèvent de leur législation. Ce, même si l'administration centrale de la société est à l'étranger.

En revanche, les pays de siège réel se considèrent normalement compétents pour régir toute société ayant son administration centrale sur leur territoire. Dès lors lorsqu'une société est immatriculée dans un pays de siège statutaire mais a conservé son administration centrale dans un pays de siège réel, elle est soumise à la fois à la loi de son Etat d'immatriculation, et à celle de l'Etat où est restée située son administration centrale.

Pour un aperçu clair et rapide des conflits qui peuvent être engendrés, voir, H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 81 spéc. n° 24 ; F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *op. cit.*, p. 115.

³⁹⁷ Selon l'article 7 du Règlement SE, le siège statutaire de la SE et son administration centrale doivent se situer dans le même Etat (voire même dans le même endroit). Pour le développement de ces propos, voir *infra*.

³⁹⁸ Selon le § 11 de l'article 8 du Règlement SE, « lorsque la nouvelle immatriculation de la SE a été effectuée, le registre de la nouvelle immatriculation le notifie au registre de l'ancienne immatriculation. La radiation de l'ancienne immatriculation s'effectue dès réception de la notification, mais pas avant ».

En France l'autorité compétente est le greffier du Tribunal de commerce du lieu où se situait le siège d'origine, conformément à l'article 40-1 nouveau du décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés. Le décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 accompagne la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 qui a introduit dans le droit français les dispositions relatives à la SE ; il complète notamment le décret précédemment cité.

³⁹⁹ Voir *infra* pour un développement relatif à la détermination du siège social.

⁴⁰⁰ Ce qui est qualifié de conflit mobile, (en raison de la modification du facteur de rattachement du droit applicable), M. MENJUCQ, « Régime juridique et fiscal du transfert de siège de la société européenne », *op. cit.*, p. 211 ; V. MAGNIER, « Mobilité des sociétés et liberté d'établissement : le point de vue », *op. cit.*, p. 28.

d'exiger l'unanimité des associés ; ce dans la prise de décision du transfert du siège social d'une SA. En revanche, elle n'est pas exigée dans la prise de décision du transfert du siège social d'une SE.

B) L'absence d'exigence de l'unanimité dans la prise de décision du transfert de siège social de la SE

273. Le départ d'une SA de son Etat d'origine est compromis par l'exigence de l'unanimité des associés dans la décision du transfert du siège social. Une telle condition est un handicap majeur, la SE détient un avantage indéniable sur les autres formes de sociétés.

274. Afin de connaître les conditions relatives à la prise de décision des associés en la matière, il faut se référer, au § 6 de l'article 8 du Règlement SE⁴⁰¹. Ce dernier renvoie à l'article 59 du Règlement relatif à la modification des statuts de la SE⁴⁰², ce qui renvoie aux législations nationales. Le texte leur laisse une marge de manœuvre, pour les modalités de vote du transfert et le choix de l'organe compétent en la matière. En se référant à l'article 59, le Règlement SE assimile le transfert de siège à une modification statutaire. En conséquence, comme pour toute modification statutaire la décision de l'opération doit être prise à la majorité des deux tiers. La SE peut librement se mouvoir au sein de l'Union européenne, puisque elle n'est pas confrontée à l'un des plus grands obstacles auquel se heurte la SA.

275. C'est sans compter sur les différentes options offertes par le Règlement SE aux Etats membres⁴⁰³. Le législateur français n'en a levé aucune qui s'affère aux règles relatives à la majorité requise pour la décision d'un transfert. En effet, il n'a levé ni

⁴⁰¹ Aux termes de ce paragraphe, « la décision de transfert ne peut intervenir que deux mois après la publication du projet. Elle doit être prise dans les conditions prévues à l'article 59 ».

⁴⁰² Aux termes de l'article 59 du Règlement SE, « 1. La modification des statuts requiert une décision de l'assemblée générale prise à une majorité qui ne peut être inférieure aux deux tiers des voix exprimées, à moins que la loi applicable aux sociétés anonymes relevant du droit de l'Etat membre du siège statutaire de la SE ne prévoise ou ne permette une majorité plus élevée. 2. Toutefois, un Etat membre peut prévoir que, lorsque la moitié au moins du capital souscrit est représentée, une majorité simple des voix indiquées au paragraphe 1 est suffisante. 3. Toute modification des statuts de la SE fait l'objet d'une publicité conformément à l'article 13 ».

⁴⁰³ La décision de transfert doit être prise à la majorité des deux tiers des voix exprimées sauf si la loi applicable aux SA de l'Etat membre où se trouve la siège de la SE n'exige ou n'autorise une majorité plus élevée. Mais il faut rappeler qu'un Etat membre dispose de la faculté de permettre la modification des statuts et donc le transfert de siège à la majorité simple si la moitié du capital souscrit est représenté. C'est ce qu'il ressort de la combinaison du §6 de l'article 8, et de l'article 59 du Règlement.

l'option permettant de prévoir une majorité plus élevée, ni celle permettant de prévoir une majorité simple des voix, lorsque la moitié au moins du capital souscrit est représenté⁴⁰⁴. La levée de l'option permettant de prévoir une majorité plus grande aurait été un non sens. En effet, elle aurait été un obstacle à la mise en œuvre du transfert, alors que ce dernier est une avancée majeure.

276. Pourtant, le droit français laisse planer un doute. L'article L 229-2 du Code de commerce reprend les dispositions de l'article 8 du Règlement SE pour la mise en œuvre du transfert du siège social. Il n'aborde pas explicitement l'étape relative au vote de l'opération par les associés. Il ne fait qu'indiquer que le transfert de siège social est décidé par l'assemblée générale extraordinaire, dans les conditions prévues par l'article L 225-96 du Code de commerce. Aussi, comme pour toute autre modification des statuts, le transfert de siège social est décidé par l'assemblée générale extraordinaire à la majorité des deux tiers des voix (dont disposent les actionnaires présents ou représentés). Toutefois, précise l'article précédemment cité, elle ne peut augmenter les engagements des actionnaires. Nous avons pu observer précédemment que selon l'alinéa 2 de l'article 1836 du Code civil, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés qu'avec le consentement de celui-ci. En conséquence, cela semble signifier que si le transfert du siège social conduit à augmenter les engagements des associés, la décision ne pourra être prise à la majorité des deux tiers. L'unanimité sera donc, *a priori*, requise, dans le cas où l'Etat d'origine est la France⁴⁰⁵.

277. Un transfert de siège social peut conduire à un risque d'augmentation d'engagements des associés, parce que la *lex societatis* est modifiée. La variante de SE au lieu du nouveau siège garantit peut être moins bien les droits des associés minoritaires. Néanmoins, il ne s'agit que d'un simple aménagement des droits associés⁴⁰⁶.

278. Le réaménagement des statuts, en vu d'adapter la société à la loi nationale de l'Etat d'accueil, est inévitable et peut être d'une grande ampleur. D'autant que cette dernière comprend aussi bien les dispositions relatives aux SA relevant de cet Etat, que les dispositions propres à la SE adoptées par ce même Etat membre⁴⁰⁷. Cette modification

⁴⁰⁴ La Belgique, par exemple, a levé cette dernière option. Selon l'article 929 du Code des sociétés, le transfert de siège pourra être adopté à la majorité simple lorsqu'un quorum de moitié est atteint.

⁴⁰⁵ Voir infra.

⁴⁰⁶ Voir infra.

⁴⁰⁷ Selon l'article 10 du Règlement SE, « sous réserve des dispositions du présent règlement, une SE est traitée dans chaque Etat membre comme une société anonyme constituée selon le droit de l'Etat membre

statutaire ne conduit pas à une augmentation des engagements des associés, la décision peut être prise à la majorité des deux tiers.

279. En outre, le quorum permettant à l'assemblée générale extraordinaire de délibérer valablement, n'est pas prévu par le Règlement SE. Aussi, il convient de se référer à l'article L 225-96 du Code de commerce. Selon ce dernier, les actionnaires présents ou représentés doivent posséder au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. En revanche, dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés.

280. En cas de doute, quant à l'existence d'un risque d'augmentation des engagements, il convient d'analyser la situation « au cas par cas ». Pour y parvenir, il faut comparer les droits et obligations des actionnaires avant et après le transfert envisagé⁴⁰⁸, afin de savoir si la décision peut être votée à cette même majorité. Il ne faut pas céder à la tentation d'insérer dans les statuts des clauses, qui bien qu'elles sont interdites dans le droit applicable de l'Etat d'origine, sont autorisées dans l'Etat d'accueil.

281. En droit français, il convient de s'interroger sur la possibilité de s'appuyer sur l'article L 225-97 du Code de commerce, afin de faciliter la prise de décision du transfert du siège social. Ceci évite le risque de la prise de décision à l'unanimité des associés. La convention spéciale qui y est citée (que la France aurait conclu avec le pays d'accueil), permet d'acquérir la nationalité et de transférer le siège social sur son territoire. Cette mesure conservant à la société sa personnalité juridique ; peut-elle avoir la valeur du Règlement SE ?

dans lequel la SE a son siège statutaire » ; « la *lex societatis* est ainsi mobile », elle suit, conformément au texte, la localisation du siège social », F. COLLIN, J.-P. DOM et J.-C. PAROT, « La société européenne », *op. cit.*, p. 5 ; V. MAGNIER, « Mobilité des sociétés et liberté d'établissement : le point de vue », *op. cit.*, p. 28 ; J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international », *op. cit.*, p. 43.

⁴⁰⁸ M. MENJUCQ, « Régime juridique et fiscal du transfert de siège de la société européenne », *op. cit.*, p. 211 ; F. FAGES et M. MENJUCQ « Le transfert du siège social enfin à la portée des sociétés françaises », *Droit et patrimoine*, 2005, n° 139, p. 34 ; J.-P. BROUILLAUD, « La SAE : la « société approximativement européenne » », *JCP éd. E*, n° 3, 2007, 1100, p. 39 ; M. MENJUCQ, « Un modèle de mobilité : la société européenne », in *La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n° 2, p. 35.

282. Le Règlement SE aurait une valeur conventionnelle⁴⁰⁹, ce qui rendrait applicable l'article précédemment cité. Mais peu importe, puisque cet article renvoie aux dispositions de l'article L 225-96 du Code de commerce. En effet, l'article L 225-97 du Code de commerce, précise que la décision de changement de nationalité et du transfert du siège social, pourra être prise par l'assemblée générale extraordinaire, autrement dit selon les modalités précisées à l'article L 225-96. Par conséquent, on parvient au même résultat, puisque l'article L 229-2 du Code de commerce renvoie à l'article L 225-96 du même Code. Le transfert de siège social d'une SE ne requiert pas que le vote des associés soit pris à l'unanimité.

Conclusion du Chapitre II

283. Le Règlement SE est le premier à rendre possible l'accomplissement d'une fusion transfrontalière et d'un transfert de siège social dans un autre Etat membre. Bien que dans le premier cas, elle est une voie de constitution de la SE, dans le second cas, cette possibilité n'est offerte qu'aux SE. Ce Règlement élimine les obstacles qui s'opposent à l'accomplissement de telles opérations. De même, il facilite et sécurise la création de holding et de filiale. Le Règlement comporte des règles de conflit et des règles matérielles qui évitent notamment le cumul de lois applicables des sociétés participantes.

⁴⁰⁹ F. COLLIN, J.-P. DOM et J.-C. PAROT, « La société européenne », *op. cit.*, p. 5

Conclusion du Titre I

284. Les mesures prises du Règlement SE visent à assurer la mobilité, la concentration et la coopération des sociétés au sein de l'Union européenne. Ce Règlement apporte des solutions aux différentes difficultés auxquelles étaient soumises des sociétés (et entités juridiques) dans des situations similaires, lors du transfert de siège social dans un autre Etat membre, de la constitution d'une fusion transfrontalière, ou, dans une moindre mesure, lors de la création d'une *holding* et d'une filiale. Ce Règlement facilite, ou rend possible selon l'opération visée, la mise en œuvre d'une opération transfrontalière, bien que la finalité de cette dernière soit de créer une SE. Et, le transfert de siège social est réservé à la SE.

285. La possibilité d'élaborer une fusion transfrontalière et un transfert de siège social d'un Etat membre à un autre, sont des mesures phares du Règlement⁴¹⁰. Pourtant, depuis 2005, le Règlement SE n'est le plus seul à rendre possible une fusion transfrontalière. En outre, de nombreuses avancées ont été accomplies par la CJUE en matière de mobilité.

286. Cependant, si l'Etat d'accueil d'une opération transfrontalière ne peut s'opposer aux opérations de mobilité, au nom du principe de la liberté d'établissement, l'Etat d'origine peut lui s'y opposer. Ceci indépendamment du fait que la société reste rattachée volontairement ou pas à son pays d'origine. La SE reste la seule forme sociale capable de se mouvoir librement dans l'espace européen, tout en bénéficiant d'une liberté d'établissement « primaire ». Le Règlement conserve ses attraits car ses bénéfices sont multiples, et ils doivent être appréciés dans leur ensemble.

287. Toutefois, le bénéfice de ces mesures ne profite pas à tous les opérateurs économiques et il ne se fait pas au détriment des autres intérêts susceptibles de pâtir de la mise en œuvre d'une des opérations proposée par le Règlement SE.

⁴¹⁰ Hormis le sort des actionnaires minoritaires, le législateur français a levé toutes les options de manière identique à l'égard de la constitution de la SE par voie de fusion et du transfert de siège social.

Titre II : Les limites mises en place par le Règlement SE

288. Les mesures de restructuration adoptées dans le Règlement, permettent d’accomplir, la mobilité, la concentration, et la coopération transfrontalière des sociétés au sein de l’Union. Ceci, via la création d’une SE ou du transfert de son siège social dans un autre Etat membre que son lieu de rattachement.

289. Cependant, cette forme sociale n’est pas accessible à tous. Le respect d’une dimension européenne préexistante permet à la SE de présenter un véritable intérêt à être utilisée pour des opérations transfrontalières de concentration ou de coopération, « pour préserver une certaine mobilité européenne ou, enfin, pour rationaliser la gestion des structures d’un groupe en Europe »⁴¹¹.

290. Cette mobilité a longtemps fait apparaître des craintes liés aux effets des délocalisations, telles que la perte d’emploi et celles de ressources fiscales. Afin d’apaiser ces craintes, le Règlement SE laisse aux Etats membres la possibilité d’encadrer plus étroitement certaines mesures de protection des créanciers, des obligataires et des porteurs de titres spéciaux autres que des actions, mais également des actionnaires minoritaires. Les restructurations envisagées par ce Règlement ont évidemment un impact sur l’ensemble des créanciers, des associés, et des salariés. Par conséquent, différents rapports doivent être élaborés et publiés afin de les tenir informés des répercussions et des suites de l’opération envisagée. Seule la protection des créanciers non obligataires doit être impérativement organisée par les Etats membres, la protection des autres intérêts étant optionnelle. L’aménagement et l’étendue des mécanismes de protection, des actionnaires minoritaires et des créanciers notamment, sont laissés à l’appréciation de la législation des Etats membres, afin de ménager les traditions et les susceptibilités nationales⁴¹².

291. Le Règlement SE donne aux Etats membres la possibilité de s’opposer à certaines opérations sous certaines conditions et de choisir l’autorité compétente chargée de délivrer le certificat de légalité de l’opération. Le Règlement SE est le fruit de nombreux compromis, de longues discussions, en raison des craintes émises par les Etats membres. Il apparait donc logique que certaines mesures soient marquées par les choix

⁴¹¹ F. FAGES, M. MENJUCQ et L. VUIDARD, « L’introduction de la société européenne en droit français : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés », *op. cit.*, p. 30 s.

⁴¹² N. LENOIR, « Pourquoi choisir le statut de la société européenne », *op. cit.*, p. 74 s.

effectués par les Etats membres au travers de leurs législations. Sans la mise en place de ces différentes mesures, cet outil de restructuration n'aurait pas vu le jour. D'ailleurs, ces nombreuses garanties ont été dupliquées dans la directive relative aux fusions transfrontalières et à celles envisagées en matière de transfert de siège social.

292. En raison de la nature et des conséquences que peuvent présenter les différents outils de restructuration proposés par le Règlement, ce dernier met notamment en place différentes mesures de protection. D'une part, les différents modes de restructuration présents dans le Règlement SE répondent à diverses conditions d'accès (**chapitre I**), d'autre part, des mesures de protection sont liées aux interventions des autorités publiques orchestrées par le Règlement SE (**chapitre II**).

Chapitre I : Les conditions d'accès aux mesures de restructuration présentes dans le Règlement SE

293. La procédure de constitution de la SE appartient aux dirigeants des entités prenant part à la création de cette société. De par leur rôle au sein de la structure, ils détiennent la faculté d'avoir une vision quotidienne et globale de l'intérêt social⁴¹³. Toutefois, étant donné l'importance de l'opération, cette dernière est soumise à l'approbation des associés⁴¹⁴. Hormis le respect de l'intérêt social⁴¹⁵, l'opération visée doit respecter l'intérêt des créanciers, des salariés et des associés minoritaires des entités juridiques. Ainsi, les différents outils de restructuration proposés par le Règlement SE, sont mis en œuvre dans le respect de leurs intérêts et de la procédure y afférant (**section 2**).

294. La constitution d'une SE n'est pas ouverte à toutes les formes d'entités juridiques présentes dans les différentes législations des Etats membres. Les formes juridiques pouvant accéder à la constitution d'une SE, varient selon le mode de constitution de la SE choisie. Les partenaires, qui promeuvent la constitution d'une SE, doivent répondre à une dimension européenne préexistante. Les personnes souhaitant promouvoir la constitution d'une SE doivent être dotées de prérequis (**section 1**).

Section 1 : Les prérequis dont les promoteurs à la constitution d'une SE doivent être dotés

295. Dès les premiers projets du Règlement SE, les conditions d'accès à la société sont envisagées aux fins de faciliter et accélérer la concentration économique dans le

⁴¹³ Cette notion a été forgée au fur et à mesure dans le droit français. Et même si la notion est incertaine, son application est quand à elle identifiée. L'intérêt social est une boussole. Un impératif à suivre dans les choix et prises de décision.

A. PIROVANO, « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *op. cit.*, p. 189 ; A. CONSTANTIN, *L'intérêt social : quel intérêt ?*, *Mélanges B. Mercadal*, F. Lefebvre 2002, p. 317 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social », *RTD com*, 2004, p. 35 ; D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », *JCP éd E*, 95, I, p. 488 ; Ph. BISSARA, « L'intérêt social », *Rev. soc.*, 1999, p. 5.

⁴¹⁴ Pour éclairer leurs choix, la direction doit les guider à l'aide d'expertises et analyses, contenus dans des rapports soumis aux associés. Ainsi, ils pourront apprécier si une telle restructuration est justifiée. Voir *infra*.

⁴¹⁵ Voir *infra*.

marché commun⁴¹⁶. Le contenu, la souplesse et la diversité, des conditions d'accès sont élaborées pour inclure des entreprises orientées vers les fins de « l'institution ». Ce, à travers les conditions de lien effectif avec l'Union ou encore de rattachement à des entités préexistantes. Le Règlement SE et les projets qui l'ont précédés, marquent la dimension européenne recherchée, ainsi que son insertion « immédiate dans le mouvement économique »⁴¹⁷. Les personnes pouvant constituer une SE, varie selon la voie de création choisie (§ 1), mais elles doivent toutes avoir une dimension transnationale (§ 2).

§ 1 : Les formes juridique pouvant constituer une SE

296. Dès l'origine, la SE a été conçue comme un instrument au service de la concentration des entreprises. Elle bénéficie de l'exercice de la liberté d'établissement afin de faciliter son activité sur le territoire des différents Etats membres. Dans cet esprit, son accès ne pouvait qu'être limité. Les entités qui désirent accéder à ce statut, doivent pouvoir y prétendre. L'accès à la SE est réservé à certaines formes sociales (**A**). En revanche, les personnes pouvant accéder à la constitution d'une SE filiale est beaucoup plus élargie (**B**).

A) Les personnes pouvant constituer une SE autre qu'une SE filiale

297. Selon le § 1 de l'article 1^{er} du Règlement SE, la SE est constituée selon les conditions et les modalités prévues. Les modes de constitution sont assorties d'un *numerus clausus*. Le Règlement décrit les conditions de constitution de seulement cinq modes de création différents, elles figurent dans les articles 2 et 3 du texte. Elles sont toutes à l'initiative d'une personne morale. Celles qui n'y figurent pas ne sont pas autorisées.

⁴¹⁶ R. SINAY, « Le droit des groupes dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes », *op. cit.*, p. 118. Mais pas au point que l'on ne puisse voir dans la SE, « « un cheval de course qui ne doit être utilisé que pour une entreprise à vocation européenne confirmée », à la manière des compagnies européennes qu'envisagea un temps le Conseil de l'Europe » ».

⁴¹⁷ R. SINAY, « Le droit des groupes dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes », *op. cit.*, p. 118.

En effet, « la SE n'a pas vocation à concerner les sociétés dont le champ d'action se limite à la France. Ses modes de création n'y sont pas adaptés et les avantages qu'elle présente dans un tel cadre ne sont (parfois) pas plus intéressants que ceux de la SA ou de la SAS. En revanche, la SE peut s'avérer un instrument précieux pour certaines opérations ou formes d'organisation au sein d'un groupe européen, quelle que soit sa dimension » ; F. FAGES, M. MENJUCQ et L. VUIDARD, « L'introduction de la société européenne en droit français : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés », *op. cit.*, p. 30 s.

298. Des auteurs ont élevé des doutes, en combinant les articles 15 et 9 du Règlement SE d'une part et en observant le 12^e considérant de ce Règlement d'autre part⁴¹⁸. Selon ces articles les dispositions nationales applicables à certaines SA, sont également applicables aux SE constituées par la voie d'une offre de titres au public. Ainsi qu'aux SE qui souhaitent faire usage de certains instruments financiers⁴¹⁹. En dehors du domaine du Règlement SE, la constitution de cette société pourrait être prévue sur le fondement du droit des SA. Les autres modes de constitution ne seraient alors encadrés par le Règlement SE que pour assurer la protection des associés, des salariés et des tiers.

299. Pourtant, le Règlement SE ne fait aucun renvoi vers le droit national pour élargir les modes de formation d'une SE⁴²⁰. Il faut s'en tenir aux quatre modes, voire aux cinq, de constitution clairement établi par ce Règlement⁴²¹. La constitution d'une SE n'est pas accessible à toutes les personnes morales, elle est dépendante de la forme juridique initiale⁴²².

300. La SE s'adresse principalement aux SA. Ces dernières se voient offrir plusieurs modes de création possibles : la SE *holding*, la SE filiale, la SE par voie de transformation d'une SA, ou encore la SE par voie de fusion transfrontalière. En revanche, les SARL (ou leur équivalent dans les Etats membres) sont limitées à la constitution d'une SE *holding* ou d'une SE filiale.

301. La restriction de l'accès à la SE au moyen de la fusion transfrontalière aux seuls SA, peut sembler regrettable. D'autant que contrairement au Règlement SE, la 10^e directive permet à toutes les sociétés de capitaux (en France il s'agit des sociétés en commandites par actions, des SAS, des SARL, des SA et des SE) de pouvoir participer à

⁴¹⁸ F. COLLIN, J.-Ph. DOM et J.-C. PAROT, « La société européenne », *op. cit.*, p. 5 ; J.-Ph. DOM, « La société européenne-Aspects de droit des sociétés », *op. cit.*, p. 77. Selon ce dernier, « en dehors des cas prévus par le Règlement, une SE peut être constituée comme une SA de droit national ».

⁴¹⁹ Selon le 12^e considérant du préambule du Règlement, « les dispositions nationales applicables aux sociétés anonymes qui proposent leurs titres au public ainsi qu'aux transactions de titres doivent également s'appliquer lorsque la SE est constituée par la voie d'une offre de titres au public ainsi qu'aux SE qui souhaitent faire usage de ce type d'instruments financiers ».

⁴²⁰ Voir *infra*.

⁴²¹ « Il n'est pas contesté que la forme de société européenne s'adresse à des entreprises qui ont des activités et un projet européens. Pour autant, les conditions mises à la création d'une SE paraissent trop restrictives. La raison pour laquelle il est fait obstacle à la création d'une SE *ex nihilo* n'est pas toujours comprise, alors même qu'une société coopérative européenne peut, elle, être créée directement par des fondateurs qui doivent seulement provenir de différentes nationalités européennes », *cf.* N. LENOIR, *La Societas Europaea ou SE : pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 110.

La SE peut être constituée par voie de fusion, de *holding*, de filiale, de transformation d'une SA en SE. Une SE peut aussi créer une filiale.

⁴²² A. COURET, « Les techniques de constitution de la SE », *op. cit.*, p. 17.

des fusions transfrontalières⁴²³. De plus, le rapport Lenoir propose d'étendre cette voie d'accès à l'ensemble des capitaux⁴²⁴. La même proposition est faite en réaction à la restriction de l'accès de la SE *holding*.

302. Cependant, la création d'une SE s'inscrit dans un projet global. Elle n'a pas pour seul objectif, par exemple, de mettre en place une fusion transfrontalière. D'ailleurs, la possibilité de créer une SE par voie de fusion transfrontalière, résulte d'un savant mélange de règles matérielles issues du Règlement SE et aux renvois que ce dernier opère vers le droit national. Or, ce renvoi vers le droit national des SA est possible car le régime des SA a été harmonisé par la directive relative aux fusions internes.

303. La question de l'élargissement du cercle des personnes pouvant accéder à la formation d'une SE, conduit à s'interroger sur son accès aux PME. Bien que la SE a pour modèle la SA, elle peut, néanmoins, convenir à ce type de sociétés car beaucoup ont la forme de la SA⁴²⁵. Les conditions relatives aux entités fondatrices n'ont pas *a priori* pour effet d'en exclure les PME en réservant la SE aux seuls grands « groupes industriels et commerciaux »⁴²⁶.

304. La SE est un indéniable outil de restructuration⁴²⁷, qui reste malgré tout inadapté à certaines PME. Un capital minimum de 120 000 euros est une première contrainte. Un modèle sociétaire s'apparentant à la SA peut être bien trop contraignant et lourd pour certaines PME. D'où l'espoir grandissant de voir concrétiser la société privée européenne, la SPE⁴²⁸.

305. En effet, il semble que la SPE soit intéressante pour certaines PME, non pas parce que ces dernières ne pourraient pas avoir accès à la SE mais parce qu'elle serait plus adaptée que cette dernière. La SPE est voulue comme étant une structure de droit

⁴²³ La directive précise que la participation à ces opérations est ouverte à toute nouvelle forme nationale de sociétés de capitaux répondant aux conditions de garanties exigées ; O. DU MOTTAY et F. FAGES, « Société européenne et fusions transfrontalières », *op. cit.*, p. 77

⁴²⁴ Cf. N. LENOIR, *La Societas Europaea ou SE : pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 121.

⁴²⁵ J. BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 75.

⁴²⁶ J. BEGUIN, *ibid.*, p. 75.

⁴²⁷ « La SE a été conçue [...] essentiellement [comme] une « société de sociétés » destinée à être utilisée dans des montages sociétaires transfrontaliers », cf. J.-P. BERTREL, « La société européenne-Aspects du droit des sociétés », in *La société européenne*, *op. cit.*, p. 50 s.

⁴²⁸ LECOURT B., « La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (à propos du retrait de la proposition de règlement) », *op. cit.*, p. 133

commun européen, facilement accessible, qui « assure et garantit une liberté contractuelle très importante à ses partenaires »⁴²⁹. Ce statut a pour but d'offrir un outil juridique simple et malléable à certaines PME, notamment en leur offrant plus de liberté statutaire⁴³⁰.

306. La création de la SE est accessible aux seules personnes morales, car le Règlement ne prévoit pas qu'elle puisse être créée par des personnes physiques. Pourtant, cette affirmation n'est pas tout à fait exacte. La SE est une société de sociétés, sous réserve de la constitution de la SE par voie de transformation d'une SA en SE, énoncée à l'article 2 § 4. En effet, la SA étant accessible aux personnes physiques, ces dernières peuvent composer une SE, et même exclusivement la composer, par le biais de la transformation d'une SA en SE. Il en est de même dans le cas où une SE est créée par voie de fusion transfrontalière. Les actionnaires, qui peuvent aussi bien être des personnes physiques ou morales, de la nouvelle société, sont issues des différentes sociétés qui ont fusionnées. De même, lorsqu'une SE est issue d'une fusion absorption, les actionnaires de la société absorbée troquent leurs titres contre ceux de la société absorbante, selon la parité d'échange, tel qu'il résulte de l'article L 236-3 du Code de commerce⁴³¹. La SE est donc indirectement accessible aux personnes physiques⁴³². A la différence des autres formes sociales, elle « révèle son originalité » en ce qu'elle suppose toujours l'initiative d'une personne morale pour sa constitution⁴³³.

307. Ainsi, les formes sociales pouvant accéder à la formation d'une SE, varie selon le mode de constitution choisi. Contrairement aux autres voies de constitution de la SE, la création d'une SE filiale n'est pas ouverte qu'aux SA et SARL.

B) Les personnes pouvant constituer une SE filiale

⁴²⁹ B. FIELD, (table animée et introduite par), « La societates privata europaea », in *Les formes de sociétés de la SE à la SPE*, Rev. Lamy droit des aff., avril 2009, n° 37, p. 93. « La SPE se présente comme une société fermée caractérisée par un fort affectio societatis », J.-P. BERTREL, « La société européenne-Aspects du droit des sociétés », *op. cit.*, p. 50 s.

⁴³⁰ Pour la place de la liberté statutaire laissée par le Règlement SE, voir *infra*.

⁴³¹ Voir *infra*.

⁴³² Dans le même sens, « c'est un privilège de personnes morales », sous réserve toutefois pour les personnes physiques de s'associer au processus de constitution ; A. COURET, « Les techniques de constitution de la société européenne », *op. cit.*, p. 17.

⁴³³ M. MENJUCQ, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *op. cit.*, p. 253.

308. Une SE filiale peut être créée par toutes les personnes morales ayant une activité économique au sens de l'article 48 du Traité CE. Selon les termes de l'article 35 du Règlement SE, une SE filiale peut être constituée par les personnes énoncées à l'article 2 § 3 du même texte en souscrivant des actions⁴³⁴. Il peut s'agir aussi bien de sociétés, au sens de l'article 48, 2^e alinéa, du Traité CE⁴³⁵, que d'autres entités juridiques de droit public ou privé, constituées selon le droit d'un État membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans l'Union.

309. Le Règlement SE ne donne pas de supplément relatif sur ces autres entités juridiques pouvant participer à la constitution d'une SE filiale. Cependant, celles qui peuvent y participer sont les mêmes que celles qui peuvent promouvoir la constitution d'une filiale. Lorsque ni le Règlement SE, ni les dispositions relatives à la SE française, ne prévoient de mesures spécifiques, il faut se référer au droit national relatif à la SA française⁴³⁶.

310. Les SA⁴³⁷, les SARL, les sociétés civiles, les GIE, les associations ayant une activité économique, ainsi que les personnes morales de droit public, peuvent promouvoir la constitution d'une SE filiale.

311. Les sociétés commerciales et civiles françaises, dotées de la personnalité morale, les groupements d'intérêt économique, peuvent fonder d'autres sociétés en souscrivant des parts ou des actions de celles-ci⁴³⁸. Cette souscription est soumise aux

⁴³⁴ « Les sociétés, au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, ainsi que d'autres entités juridiques de droit public ou privé, constituées selon le droit d'un État membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans la Communauté, peuvent constituer une SE filiale en souscrivant ses actions, si deux d'entre elles au moins:

a) relèvent du droit d'États membres différents, ou

b) ont depuis au moins deux ans une société filiale relevant du droit d'un autre État membre ou une succursale située dans un autre État membre ».

⁴³⁵ « Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif ».

⁴³⁶ C'est ce qu'il résulte de la combinaison de l'article 9 et 3 §1 du Règlement SE.

⁴³⁷ Toutefois, il faut tenir compte du fait que la constitution d'une SA avec conseil d'administration nécessite la présence d'au moins un actionnaire personne physique pour assumer les fonctions de président du conseil et que la constitution d'une SA avec conseil de surveillance nécessite la présence d'au moins deux actionnaires personnes physiques pour assumer les fonctions de président et de vice-président du conseil.

⁴³⁸ Cette souscription est soumise aux conditions énoncées par les articles L 233-1 à L 233-30, L 247-1 et L 247-3 du Code de commerce et par les articles R 233-1 à R 233-19 du Code de commerce (les articles 247 à 251 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967).

En effet, les titres souscrits permettent d'augmenter la valeur du patrimoine social de la société ou du groupement souscripteur, en tombant dans leurs portefeuilles titres. Cette souscription profite donc indirectement aux associés, ce qui permet de justifier cette opération. Il est important de le préciser puisque un GIE ne peut participer à cette opération que si elle contribue à développer ou à faciliter le

conditions énoncées par les articles L 233-1 à L 233-30, L 247-1 et L 247-3 du Code de commerce et par les articles R 233-1 à R 233-19 du même Code⁴³⁹. Les titres souscrits permettent d'augmenter la valeur du patrimoine social de la société ou du groupement souscripteur, « en tombant » dans leurs portefeuilles titres. Cette souscription profite indirectement aux associés, ce qui permet de justifier cette opération. Il est important de le préciser, puisque un GIE ne peut participer à cette opération que si elle contribue à développer ou à faciliter le développement économique de ces membres. Dans les sociétés, la participation à la constitution d'autres sociétés se fait par l'intermédiaire d'une personne physique qui se trouve être le représentant légal ou le mandataire désigné.

312. Les associations, ayant une activité économique, dotées de la personnalité morale, peuvent également participer à la constitution d'une société, à la condition qu'elle favorise la réalisation de son objet⁴⁴⁰.

313. Pour une personne morale de droit public, promouvoir la constitution d'une société, dépend de sa nature, selon qu'elle soit, l'Etat, un établissement public ou encore une collectivité locale. Dans le premier cas, une loi est nécessaire lorsque l'Etat prend une participation majoritaire (il en est de même pour qu'une nationalisation puisse avoir lieu). Dans le second cas, la participation à la constitution de la société ne pourra avoir lieu, si l'activité est étrangère à l'objet de l'établissement public (selon les principes de la liberté du commerce et de l'industrie et de spécialité). Pour le troisième cas, la participation des collectivités locales (départements, communes) à la constitution d'une société commerciale ne peut avoir lieu que si elle a pour objet l'exploitation de services publics locaux ou des activités d'intérêt général⁴⁴¹.

développement économique de ces membres. Et dans les sociétés, la participation à la constitution d'autres sociétés se fait par l'intermédiaire d'une personne physique qui se trouve être le représentant légal ou le mandataire désigné.

⁴³⁹ (Les articles 247 à 251 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967).

⁴⁴⁰ Cette capacité de devenir associé d'une société est clairement admise ; Avis du Conseil économique et social, 4 févr. 1993, cité par BINI et ROTH, La création de sociétés filiales par une association, *Bull. Joly* 1996, p. 658 ; Rép. min. à QE n° 8532, JO Sénat Q. 2 févr. 1995, p. 279, *Bull. Joly* 1995, p. 262, indiquant qu'une association peut ainsi être associée unique d'une EURL.

Par le biais de la filiale, l'association va pouvoir souvent trouver une réponse à des difficultés que l'exercice d'activités économiques peut entraîner pour elle-même, tel que la constitution d'une structure permettant d'intégrer des partenaires commerciaux ou encore la constitution d'une filiale commune.

Cela étant, on ne doit pas perdre de vue que l'association pourrait en certains cas être qualifiée de dirigeant de fait de la filiale, ou encore voir son patrimoine jugé confondu avec celui de cette filiale, avec les risques financiers qui en découlent.

⁴⁴¹ (L no 82-213, 2 mars 1982, art. 5 et 48 ; art. L 2251-2 et s. et L 3231-2 et s., du CGCT).

314. Ainsi, l'accès à la société européenne est beaucoup moins exclusif qu'il ne l'était dans les versions précédentes du Règlement SE⁴⁴². Il est même qualifié de réel progrès⁴⁴³, puisque un nombre élargi de personnes morales de droit public ou privé peuvent avoir accès à la SE, selon le moyen de constitution envisagé. Ce dernier varie en fonction de la stratégie adoptée par les personnes qui promeuvent l'opération de constitution de la SE. Mais, également en fonction de la forme du groupement de ceux qui veulent y accéder. A l'instar, du nombre élargi de formes juridiques de personnes qui peuvent avoir accès à la SE, on peut se demander si les moyens de constitution ne sont pas plus nombreux qu'il n'y paraît. Toutefois, il convient de s'en tenir à ceux qui figurent aux articles 2 et 3 du Règlement SE.

315. Aux conditions devant être tenues par les entités fondatrices, s'attachent aussi des conditions d'extranéité⁴⁴⁴. Les partenaires à la création d'une SE, doivent connaître une dimension transnationale.

§ 2 : La dimension transnationale des partenaires à la création d'une SE

316. La SE a pour but de faciliter la coopération et la mobilité de sociétés et entités, dans les Etats membre de l'Union européenne. Les conditions d'accès à la SE sont donc limitées, puisqu'elle est un instrument de rapprochement des sociétés dans l'espace transnational. Ainsi, les entités juridique souhaitant créer une SE, doivent répondre à des conditions de localisation, afin de satisfaire cette nature transnationale de la SE (**A**).

317. Par ailleurs, les personnes souhaitant promouvoir la constitution d'une SE doivent au préalable, respecter des conditions d'antériorité et d'extranéité. Une entreprise nouvelle ne peut constituer *ex nihilo* une SE. Dans le cas contraire, il est impossible de vérifier sa vocation européenne, quant à son rattachement et son activité antérieure⁴⁴⁵. En conséquence, la dimension européenne des entités promouvant la constitution d'une SE, doit être au préalable vérifiée (**B**).

⁴⁴² Voir par exemple la proposition de Règlement du 16 mai 1991, JOCE n° C 176 du 8 juillet 1991.

⁴⁴³ A. COURET, « Les techniques de constitution de la société européenne », *op. cit.*, p. 17 s.; M. MENJUCQ, « La société européenne : enfin l'aboutissement ! », *D.*, 2001, p. 1085 s.

⁴⁴⁴ Voir supra.

⁴⁴⁵ Et « qui dit concentration d'entreprises dit nécessairement concentration d'entreprises préexistantes », Y. LOUSSOUARN, « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *op. cit.*, p. 383.

A) Lieu du siège social des entités créant une SE

318. L'accès à la SE est réservée aux entités à dimension européenne. Quelque soit le mode d'accès choisi pour constituer une SE, les personnes (ou entités) qui souhaitent en élaborer une, doivent elles mêmes être constituées selon le droit d'un Etat membre. Elles doivent aussi avoir leurs sièges statutaires et leurs administrations centrales dans l'Union européenne (correspondant au siège effectif de direction). En conséquence, la SE est *a priori* réservée aux seules entités ayant leurs siège statutaires et leurs administrations centrales dans un Etat membre.

319. Cette mesure a pour effet de ne pas privilégier un critère de rattachement au détriment d'un autre⁴⁴⁶. Aucun Traité, que ce soit le Traité de Rome ou ceux qui lui ont succédé, n'a favorisé la théorie du siège réel au détriment de la théorie du siège statutaire.

320. Les sociétés ou entités participant à la création d'une SE, doivent avoir leurs sièges statutaires et leurs administrations centrales dans l'Union, mais pas nécessairement dans le même Etat.

321. Pour autant, selon l'article 2 § 5 du Règlement SE, « un État membre peut prévoir qu'une société n'ayant pas son administration centrale dans l'Union peut participer à la constitution d'une SE, si elle est constituée selon le droit d'un État membre, a son siège statutaire dans ce même État membre et a un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre ». Ce lien effectif et continu peut être réalisé par une agence, une succursale ou un établissement⁴⁴⁷. Cette mesure semble avoir pour but de ne pas pénaliser les Etats membres de l'Union européenne qui incorporent les sociétés⁴⁴⁸. Le législateur

⁴⁴⁶ J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international », *op. cit.*, p. 43 s.

⁴⁴⁷ A. COURET, « Les techniques de constitution de la société européenne », *op. cit.*, p. 17 s. Il semble que ce lien effectif et continu puisse être établi par « un simple établissement sur le territoire d'un Etat membre » ; J. BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 75 s.

⁴⁴⁸ F. COLLIN, J.-P. DOM et J.-C. PAROT, « La société européenne », *op. cit.*, p. 5 s.

Le Traité de Rome et aucun autre Traité qui a suivi, n'a privilégié la théorie du siège réel au détriment de la théorie du siège statutaire. Ainsi, « le programme général de 1961 sur la liberté d'établissement », a s'agissant de la création de succursales et de filiales, ajouté que si une société n'avait que son siège statutaire dans la Communauté et son administration centrale dans un pays tiers, il fallait pour qu'elle puisse bénéficier de cette liberté, qu'elle possède un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre ». Cette mesure a été prise pour éviter de faire prévaloir un critère qui aurait fait privilégier ici un résultat trop laxiste. J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international », *op. cit.*, p. 43 s.

français n'a pas levé l'option autorisant les sociétés, qui n'auraient que leurs sièges statutaires et un établissement caractérisant un lien effectif et continu avec un Etat membre, à participer à la constitution d'une SE immatriculée en France.

322. Quant aux sociétés rattachées à des pays tiers, elles ne peuvent pas participer à la création d'une SE. La dimension transnationale semble donc limitée. La crainte est que la SE serve à des pays tiers « de moyen commode et discret » pour racheter des industries en Europe. En revanche, une société extra-européenne peut par la suite acquérir des actions de la SE. Hormis le moment de la constitution de la SE, rien ne leur interdit de participer à la vie sociale de la SE⁴⁴⁹. Elles peuvent lancer une OPA sur la SE (comme sur n'importe quelle autre entreprise européenne) et ainsi entrer dans le capital en cours de vie sociale. En France, les sociétés étrangères peuvent devenir associées dans une société, notamment en participant aux actes constitutifs. A la condition que leur loi nationale leur en donne la capacité⁴⁵⁰.

323. Ainsi, la création d'une SE est réservée aux entités juridiques intra-européennes. Ces mêmes entités doivent pré-exister et respecter un critère d'extranéité, pour envisager de se transformer en SE ou de créer une SE.

B) La dimension européenne préexistante des entités constituant une SE

324. Les personnes qui créent une SE, au minimum deux d'entre elles, doivent, soit relever d'Etats membres différents, soit avoir depuis au moins deux ans une filiale ou une succursale située dans un Etat membre autre que celui du siège ou de l'administration centrale, selon le mode de création choisi. Le Règlement SE impose une dimension européenne préexistante⁴⁵¹.

325. Hormis la constitution d'une SE par voie de fusion, cette pluralité de rattachements peut se réaliser par l'intermédiaire de filiales ou de succursales, pour deux d'entre elles au moins⁴⁵². Pour pouvoir créer une SE par voie de fusion, les partenaires

⁴⁴⁹ M. MENJUCQ, « Un modèle de mobilité : la société européenne », *op. cit.*, p. 35 ; M. MENJUCQ, « La Société européenne : enfin l'aboutissement ! », *op. cit.*, p. 1085 s.

⁴⁵⁰ Les apports ainsi réalisés auront le caractère d'investissements, et le représentant de la société qui l'aura réalisé devra justifier de leurs pouvoirs.

⁴⁵¹ F. FAGES et O. DU MOTTAY, « La constitution de la SE « à la Française » », in *Société européenne, Journal des sociétés*, n° 28, janvier 2006, p. 31.

⁴⁵² Article 2 §1 du Règlement SE.

doivent relever de droits d'Etats membres différents. L'alternative évoquée est offerte aux sociétés promouvant la constitution d'une SE *holding*. Ainsi qu'aux entités juridiques participant à la création d'une SE filiale. Les conditions requises pour la constitution de ces SE sont les mêmes⁴⁵³.

326. Logiquement, cette alternative n'est pas offerte aux SA se transformant en SE, puisque la société opère seule dans cette opération⁴⁵⁴. Elle peut se transformer en SE si elle a depuis au moins deux ans une filiale juridiquement rattachée à un autre Etat membre⁴⁵⁵. En outre, pour ce mode de constitution, il ne peut pas s'agir que d'une succursale⁴⁵⁶. Contrairement aux autres paragraphes de l'article 2 du Règlement SE, le terme de succursale n'apparaît pas, seul le terme de filiale figure dans l'article 2 § 4 du même Règlement.

327. La détention de filiale peut permettre de réaliser la dimension européenne exigée pour la constitution d'une SE. Toutefois, la société filiale doit être détenue depuis au moins deux ans. Le mode de calcul de cette antériorité n'est pas précisé par le Règlement SE. En l'absence de dispositions nationales spécifiques, il faut se référer au droit applicable à la SA. Pour ce qui est de la loi française applicable à la SA, il existe un article qui conditionne la transformation d'une SA en une autre forme de société, avec la périodicité d'au moins deux ans d'existence. Afin d'y parvenir, elle doit établir et faire approuver le bilan de ses deux premiers exercices par les actionnaires⁴⁵⁷. Le silence des différentes sources de dispositions précédemment évoquées, amène à s'interroger sur l'application de ce même mode de calcul pour la transformation d'une SA en SE. Le Règlement n'impose pas de durée d'attente pour qu'une SE puisse être constituée par voie de transformation. En revanche, l'article L 225-243 du Code de commerce en impose une, pour qu'une SA puisse se transformer en une autre forme de société. Par conséquent, il semble pertinent de penser que ce pré-requis est imposé à la transformation d'une SA en SE.

⁴⁵³ Article 2 §2 et 3 du Règlement SE.

⁴⁵⁴ « Ce mode de création n'était pas initialement prévu par le Règlement car il ne correspondait pas à l'esprit de coopération entre entreprises qui caractérisait la SE », F. FAGES et O. DU MOTTAY, « La constitution de la SE « à la Française » », *op. cit.*, p. 31 s.

⁴⁵⁵ Article 2 § 4 du Règlement SE.

Le rapport LENOIR propose de réduire le délai de détention de la filiale dans un autre Etat à un an. Il propose aussi qu'une société de capitaux puisse transformer en SE toute filiale détenue depuis plus d'un an sans que cette filiale ait besoin de détenir elle-même une sous filiale dans un autre Etat. Cf. N. LENOIR, *La Societas Europaea ou SE : pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁵⁶ F. BLANQUET, « Enfin la société européenne », *Rev. de l'Union européenne*, 2001, p. 65 s. ; A. COURET, « Les techniques de constitution de la société européenne », *op. cit.*, p. 17 s.

⁴⁵⁷ Article L 225-243 du Code de commerce.

328. D'ailleurs, la transformation de la SA en SE est conditionnée par l'existence depuis au moins deux ans d'une filiale juridiquement rattachée à un autre Etat membre. Ce laps de temps coïncide avec celui requis pour la transformation d'une SA en une autre forme.

329. Le Règlement SE ne donne aucune définition de la filiale, aussi, il faut se référer à celle donnée par les législations nationales. Ce lien d'affiliation donnant la domination d'une société sur une autre, n'est pas traité de façon identique dans chaque Etat membre, selon qu'il existe ou non un droit des groupes de société. La législation française en donne une définition dans l'article L 233-1 du Code de commerce. Ainsi, aux termes de cet article, « lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première ». Par conséquent, pour pouvoir participer à la constitution d'une SE *holding*, ou d'une SE filiale, les sociétés ayant leur siège en France doivent détenir plus de 50% du capital d'une société relevant du droit d'un autre Etat membre.

330. L'accès à la SE est réservé aux seules sociétés et entités juridiques qui ont des liens suffisants avec l'Union européenne. Elles doivent avoir une appartenance à l'Union, et leurs projets menés, doivent avoir une dimension européenne⁴⁵⁸. Ces différentes conditions préalables imposées par le Règlement SE sont le gage de la dimension européenne de l'opération. Quelque soit le mode de constitution de SE choisi⁴⁵⁹. L'envergure d'une telle opération oblige ses initiateurs de prendre des mesures envers les actionnaires minoritaires et les créanciers.

Section 2 : La sauvegarde des intérêts des actionnaires minoritaires et des créanciers

⁴⁵⁸ « Le signe « normal » de cette appartenance » est qu'elles aient leur siège statutaire et leur administration centrale dans un même Etat membre, cf. J. BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 75 s.

La dimension européenne du projet varie selon le mode de constitution choisi.

⁴⁵⁹ Pour la constitution d'une SE filiale par une SE, que certains considèrent comme étant le cinquième moyen de constitution d'une SE, les conditions préalables liées à la dimension, sont remplies par la SE qui engendre cette filiale.

331. Le Règlement SE donne naissance à un outil de restructuration, qui favorise la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne. Néanmoins, si un tel atout s'avère indispensable pour bon nombre d'entrepreneurs, il éveille des craintes pour d'autres.

332. En effet, ils peuvent redouter que ceux qui promeuvent une des opérations de restructuration mise en place par le Règlement SE, puissent en profiter pour quitter l'Etat sans s'acquitter de leurs dettes. Afin d'apaiser ces craintes, des mesures sont mises en place par le texte. Elles visent notamment à sécuriser les relations entre les personnes candidates à l'opération et leurs créanciers publics ou privés (§ 1). Les actionnaires minoritaires peuvent se retrouver lésés, aussi des dispositions existent en leur faveur sans pour autant peser sur leurs sociétés (§ 2). Si les actionnaires votent la création d'une SE ou du transfert de son siège social dans un autre Etat membre, cela ne signifie pas que tous les actionnaires le souhaitent.

§ 1 : Le sort des créanciers des sociétés candidates à une des opérations mentionnées dans le Règlement

333. L'information et son accès sont les mots clés sur lesquels repose le droit des créanciers du le Règlement SE. Cela ne signifie pas que les créanciers des sociétés qui participent à la constitution d'une SE ne bénéficient pas d'autres mesures de protection. Le Règlement SE renvoie aux mesures adoptées par les droits nationaux concernés. La maigre place que prend le droit des créanciers dans le Règlement ne signifie pas que ce dernier les néglige. Les principales initiatives prises par le texte concernent, d'une part les créanciers des sociétés créant une SE par voie de fusion (**A**), et d'autre part les créanciers des SE faisant l'objet d'un transfert de siège social (**B**).

A) Les mesures applicables à la protection des créanciers lors d'une constitution de SE

334. Le Règlement SE organise principalement l'accès à l'information aux créanciers des différentes sociétés promouvant la constitution d'une SE par voie de fusion. Une information exhaustive des modalités d'exercice des droits des créanciers, doit

figurer parmi les autres indications publiées dans le bulletin officiel de l'Etat membre concerné⁴⁶⁰. Ainsi, que les mesures pour les actionnaires ayant des droits spéciaux⁴⁶¹.

335. Ensuite, le texte renvoie aux droits nationaux. Ils sont la source des droits des créanciers des sociétés participant à la constitution d'une SE par voie de fusion (2). Les différents systèmes qui cohabitent au sein de l'Union européenne, est une source de difficulté (1).

1) La coexistence dans l'Union européenne, des différentes conceptions des droits des créanciers

336. Il existe au sein de l'Union européenne deux systèmes de protection des créanciers, la protection *a priori* et la protection *a posteriori*⁴⁶².

337. Une opération transfrontalière, telle que la constitution d'une SE par voie de fusion, met en rapport des sociétés issues d'Etats ayant des systèmes de protections différents. Leur confrontation peut entraîner de lourdes conséquences en termes de célérité dans la constitution de la société.

338. La mise en œuvre des dispositions relatives à la protection *a priori* est plus susceptible de ralentir (voire de bloquer) le processus⁴⁶³. La directive relative aux fusions transfrontalières n'a (malheureusement) pas éludé ce problème⁴⁶⁴. Cependant, la mise en œuvre du système *a priori* n'est pas toujours un obstacle. Cela dépend pour beaucoup de la coopération de la société concernée.

⁴⁶⁰ Cf. article 21 du Règlement SE.

⁴⁶¹ Cf. article 20 du Règlement SE.

⁴⁶² En effet, les règles de protection prévues pour les créanciers, n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation dans le cadre de la troisième directive du 9 octobre 1978 relative aux fusions nationales. Cette dernière s'est « contentée d'affirmer » que les Etats membres devaient mettre en œuvre une protection appropriée, cf. B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », *op. cit.*, p. 223 s. ; B. LECOURT, « Adoption de la directive sur les fusions transfrontalières », *Rev. soc.*, 2005, p. 923 s. Rapport Doucet, tableau comparatif, p. 18-19.

⁴⁶³ B. LECOURT, « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », *op. cit.*, p. 223. L'auteur nous donne notamment l'exemple d'une fusion qui aurait lieu entre une société française, qui connaît un système de protection *a posteriori*, et une société espagnole, qui connaît un système de protection *a priori*.

⁴⁶⁴ Tout comme le Règlement SE, la protection prévue par la directive sur les fusions transfrontalières en faveur des créanciers est essentiellement basée sur l'information. Elle est largement inspirée par la protection mise en place par le Règlement SE.

339. Le droit français connaît un mécanisme de protection *a posteriori*, qui a l'avantage de ne pas pouvoir remettre en cause l'opération de fusion⁴⁶⁵. Le système *a priori* subordonne la réalisation de l'opération, au paiement des créanciers ou à l'obtention par ceux-ci de garanties.

340. Le Règlement SE opère à une application distributive des règles applicables aux droits des créanciers. Pour les sociétés participant à la création d'une SE par voie de fusion, la loi applicable aux droits des créanciers est celle dont ces sociétés relèvent.

2) La loi applicable aux droits des créanciers des sociétés participant à la constitution d'une SE

341. Dans le cadre d'une fusion, les intérêts des créanciers, des obligataires et des porteurs de titres autres que des actions, sont assurés par le droit de l'État membre dont relève chacune des sociétés. C'est ce qui résulte de la combinaison des articles 24 § 1, 29 et 18 du Règlement SE.

342. Dans le cadre, d'une constitution de SE par voie de fusion. En conséquence, les créanciers des sociétés françaises, relèvent des dispositions du droit français des fusions internes.

343. Dans cette hypothèse, les créanciers non obligataires ont un droit d'opposition à la fusion⁴⁶⁶. Comme pour les fusions internes⁴⁶⁷, le créancier peut saisir de

⁴⁶⁵ D'autant que le délai pour faire opposition à l'opération est assez court, puisqu'il n'est que de trente jours. Il n'a pas pour effet de mettre en péril l'opération et il n'est ouvert qu'aux titulaires de créance exigible.

Le droit allemand, le droit luxembourgeois, et le droit britannique, ont également mis en place un mécanisme de protection *a posteriori* dans leur droit interne, B. LECOURT, « Adoption de la directive sur les fusions transfrontalières », *op. cit.*, p. 923 s.

⁴⁶⁶ En effet, selon les articles L 236-14, et R 236-8 du Code de commerce, les créanciers des sociétés françaises promouvant une opération de fusion, dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition, devant le tribunal de commerce, dans un délai de trente jours.

Ce délai court à compter de la dernière insertion (article R 236-2 du Code de commerce) ou de la mise à disposition du public du projet de fusion (article R 236-2-1 du Code de commerce). Ainsi le délai court à compter de l'avis inséré de ce projet de fusion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales, ou au Bulletin des annonces légales obligatoires. En effet, un avis y est en outre inséré, si les actions de l'une au moins de ces sociétés sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou si toutes les actions de l'une d'entre elles au moins ne revêtent pas la forme nominative.

Toutefois, cette insertion n'est pas requise lorsque, pendant une période ininterrompue commençant au plus tard trente jours avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion ou de scission, la société publie sur son site internet le projet de fusion ou de scission, dans des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents.

⁴⁶⁷ Voir infra

son opposition un juge. Ce dernier peut soit rejeter l'opposition, soit ordonner le remboursement des créances ou la constitution de garanties offertes par la société participant à la fusion si elles sont jugées suffisantes. A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion est inopposable à ces créanciers⁴⁶⁸. Cela n'a pas pour effet d'interdire la réalisation de la fusion.

344. Les créanciers obligataires, de la société absorbante, par son assemblée générale ordinaire, peut s'opposer au projet de constitution d'une SE par voie de fusion. Elle donne mandat aux représentants de cette assemblée⁴⁶⁹. Les conditions et les effets de cette opposition sont les mêmes que celle formée par les créanciers non obligataires⁴⁷⁰.

345. Pour les créanciers obligataires des sociétés absorbées (ou des sociétés lors d'une fusion par création d'une société nouvelle), la situation varie selon que le projet est ou non accompagné d'une offre de remboursement. Si le projet est assorti de cette offre, ils pourront obtenir le remboursement sur simple demande, à défaut ils resteront obligataires dans la société absorbante⁴⁷¹.

346. En revanche, si le projet n'est pas assorti d'une offre de remboursement, il devra être soumis aux assemblées d'obligataires des sociétés absorbées. Si elles approuvent le projet, les créanciers deviendront obligataires dans la société absorbante ou la société nouvelle⁴⁷². A défaut d'approbation de ce projet de leur part, le conseil d'administration ou le directoire de la société débitrice peut passer outre⁴⁷³. Les sociétés concernées ne restent pas figées. Les créanciers obligataires conservent seulement leur

⁴⁶⁸ En effet, selon l'article L 236-14 al. 4 du Code de commerce, la fusion est alors sans effet, et donc inopposable au créancier opposant.

⁴⁶⁹ Pour autant, selon l'article L 236-15 du Code de commerce, le projet de fusion n'est pas soumis aux assemblées d'obligataires de la société absorbante.

⁴⁷⁰ L'article L 236-15 du Code commerce renvoie à l'article L 236-14, et à l'article R 236-8 du même code (*in fine*).

⁴⁷¹ L 236-13 du Code de commerce, et R 236-11 du même code.

⁴⁷² Selon l'article L228-65 du Code de commerce, l'assemblée générale délibère sur toutes mesures ayant pour objet d'assurer la défense des obligataires et l'exécution du contrat d'emprunt ainsi que sur toute proposition tendant à la modification du contrat. Elle délibère notamment sur les propositions de fusion de la société dans les cas prévus à l'articles L. 236-13 du même code. Par ailleurs, l'assemblée générale délibère dans les conditions de quorum prévues au deuxième alinéa de l'article L. 225-98 du Code de commerce. Elle statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les porteurs présents ou représentés.

⁴⁷³ En outre, selon l'article L 228-73 du Code de commerce, cette décision du conseil d'administration, ou du directoire est publiée dans les conditions fixées par l'article R 228-79 du même code, qui détermine également le délai pendant lequel le remboursement doit être demandé. Ainsi, selon l'alinéa 2 de l'article R 228-79, le remboursement est demandé par l'obligataire dans le délai de trois mois à compter de l'insertion ou de la dernière des insertions prévues à l'alinéa précédent. Par ailleurs, la société rembourse les obligations dans le délai de trente jours à compter de la demande de chaque obligataire.

statut dans la société absorbante, sauf les représentants de leur assemblée générale qui forment une opposition à l'opération⁴⁷⁴.

347. Quant aux porteurs de certificats d'investissement, ils disposent de mesures de protection similaires à celles des créanciers obligataires bénéficient. En effet, ils peuvent, individuellement obtenir, sur simple demande, le remboursement de leurs titres⁴⁷⁵. Le principe de l'offre de remboursement doit avoir été accepté au préalable par l'assemblée spéciale qui les représentent.

348. Le porteur de certificats d'investissement conserve cette qualité dans la société absorbante, si il n'a pas cédé ses titres dans les trente jours de la dernière mesure de publicité, selon les conditions fixées par le « contrat de fusion »⁴⁷⁶. Cependant, si le rachat des certificats n'est pas prévu, le projet de fusion est soumis aux assemblées spéciales de ces porteurs⁴⁷⁷.

349. Par ailleurs, les dispositions applicables aux fusions internes, sont également applicables aux créanciers des sociétés françaises qui créent une SE *holding*. Le législateur français a levé l'option offerte par le Règlement SE (à l'article 34). Ainsi, l'article L 229-5 du Code de commerce, applicable aux SE *holding*, renvoie aux règles de protection des créanciers dans une fusion.

350. En effet, l'alinéa 5 de l'article L 229-5 du Code de commerce fait un renvoi aux dispositions des 3^e et 4^e alinéas de l'article L 236-9 (relatifs aux porteurs de certificats d'investissements) ; et des articles L 236-13 (relatifs aux obligataires) et L 236-14

⁴⁷⁴ En effet, selon l'alinéa 3 de l'article L 228-73 du Code de commerce, l'assemblée générale des obligataires peut donner mandat à ses représentants de former opposition à l'opération dans les conditions et avec les effets prévus à l'article L. 236-14. Ainsi, les conditions et effets de cette opposition sont les mêmes que celles formées par un créancier non obligataire.

⁴⁷⁵ Par ailleurs, l'offre d'acquisition des certificats d'investissement, doit faire l'objet d'un avis d'achat. Il doit être inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social. En outre, elle doit faire l'objet d'un avis au Bulletin des annonces légales obligatoires, si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou si toutes ses actions ne revêtent pas la forme nominative. En effet, l'alinéa 3 de l'article R 236-5 du Code de commerce, renvoie aux dispositions de l'article R 225-153 du même Code.

⁴⁷⁶ Les dispositions applicables en l'absence de demande de remboursement, résultent de l'alinéa 3 de l'article L 236-9 du Code de commerce, et du dernier alinéa de l'article R 236-5 du même code. Cependant, le porteur de ce certificat peut préférer que ses certificats soient échangés contre des actions de la société absorbante, plutôt que d'obtenir un remboursement. De plus, ce porteur n'a pas besoin de réunir des certificats d'investissement et des certificats de droit de vote pour pouvoir demander un échange, JO Sénat CR 12 novembre 1987, 3852. Cette possibilité est offerte par l'alinéa 3 de l'article L 236-9 du Code de commerce, qui renvoie aux dispositions du dernier l'alinéa de l'article L 228-30 du même Code.

⁴⁷⁷ De plus selon le même article L 236-9 du Code de commerce, les assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement statuent selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires.

(relatifs aux créanciers non obligataires). Les mesures relatives à la protection des porteurs de certificats d'investissements, des obligataires et des créanciers non obligataires dans le cadre des fusions, sont également applicables dans le cadre de la constitution d'une *SE holding*⁴⁷⁸. Par analogie, les sociétés candidates à la création de la *SE holding* sont les sociétés absorbées, alors que la *SE holding* est la société absorbante.

351. Pour quelles raisons, hormis la législation applicable, la *SE holding* devrait-elle devenir débitrice des obligataires des sociétés initiatrices en cas de remboursement ? Il n'est pas certain qu'à défaut de remboursement, les obligataires (par exemple) conservent leurs statuts dans la *holding*⁴⁷⁹. Le mécanisme de la transmission lors de la fusion s'explique en ce que la société disparaît, mais, les sociétés initiatrices subsistent. Cela risque d'aller à l'encontre des intérêts des créanciers dont les créances rentrent dans le patrimoine d'une société, sans leurs consentements. L'actif de cette dernière, est constitué d'une partie des titres de la société initialement débitrice⁴⁸⁰. Le patrimoine de la *SE holding* risque d'être grevé d'un passif, appartenant à l'un des partenaires avant activité. La constitution d'une SE, par voie de *holding* ou par voie de fusion, peut faire craindre aux créanciers la diminution de leurs chances d'être remboursés. D'autant, qu'ils peuvent éventuellement se trouver en concurrence avec d'autres créanciers.

352. Le Règlement SE ne s'intéresse pas seulement aux créanciers des sociétés créant une SE par voie de fusion ou de holding. Il s'attarde également sur le sort des créanciers des SE faisant l'objet d'un transfert de siège social.

B) Les mesures applicables à la protection des créanciers lors d'un transfert de siège d'une SE.

353. Les créanciers d'une SE, publics ou privés, profitent d'une attention particulière. Les intérêts des créanciers et titulaires d'autres droits envers la SE, nés

⁴⁷⁸ Les créanciers non obligataires bénéficieront des dispositions de l'article L 236-14 du code de commerce, qui leur donne un droit d'opposition, sans que cela puisse mettre un frein aux opérations. Tandis que les porteurs de certificats d'investissement et les créanciers obligataires seront appelés à statuer en assemblée spéciale de porteurs de certificats d'investissement ou en assemblée d'obligataires sur le projet de constitution de *SE holding* sauf si le remboursement des titres sur simple demande de leur part est offert.

⁴⁷⁹ C. CHABTINI, « Réflexions sur la société européenne : propositions d'amélioration et évolution de son statut », *op. cit.*, p. 4 s.

⁴⁸⁰ C. CHABTINI, *ibid*, p. 4 s.

antérieurement à la publication du projet de transfert⁴⁸¹, bénéficient de mesures de protection. Elles sont indiquées dans le § 7 de l'article 8 du Règlement SE, et dans les dispositions prévues par l'État membre où la SE a son siège statutaire avant le transfert. Le texte laisse aux États membres, la liberté de choisir les dispositions destinées à protéger les créanciers. En l'occurrence, les mesures prises par le législateur français sont regroupés dans l'article L 229-2 du Code de commerce. Le Règlement SE laisse aux États membres le choix d'opter pour une protection des créanciers plus accrue, elle peut être étendue aux créances postérieures à la publication du projet, tout en restant antérieures à la date du transfert. La France a levée cette option figurant à l'article 8 §7 du Règlement SE, puisqu'elle est énoncée dans l'article précédemment indiqué.

354. Très peu de mesures relatives aux créanciers des SE, sont décrites dans le Règlement. Parmi lesquelles celles qui traitent de l'accès à l'information des créanciers de la SE (article 8 §4). Selon cette disposition, un mois avant que l'assemblée générale extraordinaire se prononce sur le transfert, les créanciers de la SE peuvent examiner sur simple demande de leur part ce projet de transfert et le rapport établi en application du paragraphe 3. Ils peuvent en obtenir une copie⁴⁸².

355. Le projet de l'opération est soumis aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement et d'obligataires de la société. Ce, dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves d'offre d'acquisition ou de remboursement que celles prévues dans une procédure de constitution de SE par voie de fusion. Le principe de l'offre de remboursement n'a pas à être accepté par l'assemblée des obligataires, chacun y répond individuellement. En revanche, le principe de l'offre de remboursement doit être accepté par l'assemblée des porteurs de certificats d'investissement.

356. Les créanciers obligataires peuvent sur simple demande, obtenir le remboursement de leurs titres. Comme le porteur de certificat d'investissement, s'il n'a pas cédé ses titres dans le délai de trois mois à compter de la publication de l'avis relatif à l'achat ou au remboursement⁴⁸³, il conservera sa qualité dans les conditions fixées par le

⁴⁸¹ Ou même susceptibles de naître avant le transfert si l'État d'origine de la SE promouvant l'opération, a opté pour une telle mesure.

⁴⁸² L'examen des documents ne peut se faire qu'au siège de la société. On peut supposer que cette disposition a pour but de préserver les stratégies de la société.

⁴⁸³ Ou de la formalité de publicité dernière en date ou de la réception de la dernière lettre recommandée.

projet de transfert⁴⁸⁴. Le délai dans lequel les porteurs de certificats d'investissement peuvent céder leurs titres est de trente jours à compter de la formalité de publicité dernière en date.

357. Pour ce qui est des créanciers non obligataires dont la créance exigible est antérieure à la publicité du transfert du siège, ils peuvent s'opposer à l'opération, dans un délai de trente jours à compter de la dernière publication en date. Toutefois, cette opposition ne porte en aucun cas atteinte à la bonne poursuite de l'opération. Seul le juge peut décider de donner suite ou non à cette opposition. Si ce dernier décide d'y donner suite, il peut ordonner soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties. Dans le cas où les prescriptions du juge ne sont pas satisfaites, le transfert du siège sera inopposable aux créanciers concernés⁴⁸⁵.

358. Finalement, les créanciers de la SE ne sont pas en reste quant aux mesures de protection. Lors du transfert du siège social, la société ne disparaît pas. En théorie les droits des créanciers ne sont donc pas menacés. L'exercice de leurs droits peut s'avérer difficile en réalité, voir extrêmement difficile.

359. Une SE ne peut pas transférer son siège dans un autre Etat membre tout en espérant pouvoir bénéficier indirectement d'une législation qui serait moins favorable pour les créanciers que celle qui existe dans son Etat d'origine. La SE n'est en aucun cas un vecteur de fuite des créanciers. Elles ne peuvent pas transférer leurs sièges, si elles font l'objet d'une procédure de dissolution, de liquidation, d'insolvabilité, de suspension de paiements ou d'autres procédures analogues⁴⁸⁶.

360. De même, la procédure de transfert ne peut pas être utilisée pour échapper à des procédures judiciaires, quelles soient nées avant ou après la nouvelle immatriculation. Si le litige est survenu avant que le transfert de siège de la SE soit effectif, il importe peu que l'action en justice ait été introduite après⁴⁸⁷. Dans ce cas la société sera considérée comme ayant maintenu son siège d'origine. Cette mesure permet de conserver la

⁴⁸⁴ Il en est de même si l'assemblée générale des obligataires n'a pas approuvé le transfert de siège et que la direction de la SE est passé outre comme leur en accorde le droit les articles L228-65 alinéa 6 et L 228-73 du Code de commerce.

⁴⁸⁵ Il existe une mesure similaire en matière de constitution de SE par voie de fusion. Voir supra.

⁴⁸⁶ Selon l'article 8 § 15 du Règlement SE.

⁴⁸⁷ C'est ce qu'il résulte de l'article 8 § 16 et § 10 du Règlement SE.

compétence des juridictions et des lois de l'Etat de départ⁴⁸⁸. Le texte leur épargne donc tout conflit de lois ou de juridictions qui auraient pu en résulter.

361. Tant que la publication de la radiation de l'immatriculation au registre du précédent lieu du siège social de la SE n'a pas eu lieu, les tiers pourront continuer de se prévaloir de l'ancien lieu du siège social, alors même que la nouvelle immatriculation a été publiée⁴⁸⁹. Toutefois, si la SE prouve qu'ils avaient connaissance du nouveau lieu du siège social, ils ne pourront pas s'en prévaloir. Les tiers ne pourront plus se prévaloir de l'ancien siège dès lors que la radiation de l'immatriculation au registre du précédent siège aura été publiée.

362. Toutes ces mesures précédemment évoquées permettent aux créanciers des sociétés qui projettent une des opérations susmentionnées, de ne pas pas rester passifs face à la restructuration qu'ils subissent. D'ailleurs, les créanciers ne sont pas les seuls à en être affectés. Les actionnaires en contre l'opération projetée, peuvent l'être aussi.

§ 2 : Le sort des actionnaires minoritaires

363. Il existe une différence de traitement entre les actionnaires qui refusent la constitution d'une SE par voie de fusion (et de hoding) et ceux qui refusent un transfert du siège social d'une SE (A). Cependant, il n'existe pas de moyens de pallier à l'absence de protection (B).

A) Différence de traitement existant entre les actionnaires minoritaires issus de la constitution d'une SE par voie de fusion, et ceux issus du transfert du siège social de la SE

364. Contrairement aux mesures de protection en faveur des créanciers, la protection des actionnaires minoritaires est facultative. L'adoption de mesures visant à protéger les actionnaires minoritaires est une simple possibilité offerte par le Règlement

⁴⁸⁸ M. MENJUCQ, « Régime juridique et fiscal du transfert de siège de la société européenne », *op. cit.*, p. 211, spéc. p. 213.

⁴⁸⁹ L'article 8 § 13 du Règlement SE, porte sur la date d'opposabilité du siège social aux tiers.

SE. Elle vient en faveur des actionnaires qui ont voté à l'encontre de la constitution d'une SE par voie de fusion, ou de *holding*, ou encore à l'encontre d'un transfert de siège⁴⁹⁰.

365. Les législations nationales des Etats membres sont libres d'opter et d'adopter des mesures de protection des actionnaires qui ne veulent pas de la constitution d'une SE ou du transfert de son siège statutaire dans un autre Etat membre⁴⁹¹. Dès lors, les Etats membres qui optent pour cette faculté, doivent élaborer les conditions d'exercice des droits des actionnaires minoritaires. Les mesures prévues en faveur des actionnaires minoritaires doivent apparaître dans le projet de constitution ou de transfert.

366. A titre d'exemple, en Allemagne, ceux qui s'opposent au projet de transfert de siège social dans un autre Etat membre, à une constitution par voie de fusion transfrontalière, voire même à une constitution d'une SE *holding* ayant son siège statutaire à l'étranger, peuvent obtenir le rachat de leurs titres⁴⁹². En revanche, le Royaume-Uni n'a accordé aucune protection spécifique aux actionnaires minoritaires.

367. Quant à la France, elle n'a pas systématiquement levé l'option invitant à mettre en œuvre une protection spécifique à ces actionnaires minoritaires. Le législateur français n'a pas levé cette option pour les actionnaires des sociétés ayant leur siège en France qui participent à une fusion transfrontalière constitutive de SE. Le droit français n'organise pas le rachat des actions des minoritaires, ou « *cash out* ». Mais, le ou les actionnaires majoritaires ne peuvent pas en profiter pour faire sortir des actionnaires minoritaires.

368. En revanche, un droit d'opposition existe pour les actionnaires qui refusent le transfert de siège social dans un autre Etat membre⁴⁹³. L'article L 229-2 alinéa 3 du Code

⁴⁹⁰ « Le Règlement renonce [...] à établir directement cette protection appropriée, et se limite à autoriser l'introduction de celle-ci par les législations nationales, permettant ainsi à chacune d'entre elles d'évaluer la convenance de reconnaître aux dissidents le droit de se séparer de la société ou quelque autre mécanisme protecteur », A. ROJO, « Les investisseurs, actionnaires et autres porteurs de titres », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 115 s.

⁴⁹¹ Ces renvois sont opérés par les articles 8 § 5, 24 § 2 et 34 du Règlement SE.

⁴⁹² N. LENOIR, « Pourquoi choisir le statut de la société européenne », in *La société européenne, premier bilan et perspectives d'évolution*, op. cit., p. 74.

⁴⁹³ L'Allemagne a mis en place une « indemnisation équitable » à l'actionnaire opposé à l'opération de transfert de siège, de constitution de SE par voie de fusion, ou à la création de la SE *holding*. L'Autriche limite cette indemnisation est limité aux deux premiers cas cité précédemment, et les actionnaires doivent en plus expliquer par écrit leur opposition. Cf. N. LENOIR, *La Societas Europaea ou SE : pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, op. cit., p. 107.

de commerce, prévoit que les actionnaires peuvent obtenir le rachat de leurs actions⁴⁹⁴. D'une part, leurs demandes de rachat, doivent être formées dans un délai d'un mois⁴⁹⁵ à compter de la publication de l'avis relatif à la décision de transfert⁴⁹⁶. D'autre part, cette modalité s'adresse qu'aux actionnaires qui se sont prononcés contre le transfert. Même si le législateur est resté flou à ce sujet, le principe de primauté fait prévaloir le texte européen⁴⁹⁷. L'obligation de rachat est limitée aux seuls associés qui ont voté contre le transfert de siège sociale de la SE⁴⁹⁸. En limitant l'accès de ce droit de rachat, le coût de l'opération est amoindri⁴⁹⁹.

369. Le prix de rachat des titres, les modalités de paiement et la durée de maintien de l'offre sont prévus par l'article R 229-7 du Code de commerce⁵⁰⁰. Une contestation possible du prix doit être faite dans le délai prévu par l'offre, et devant le Tribunal dans le ressort du lieu du siège social⁵⁰¹. Mais, l'obligation de rachat des actions des minoritaires, ne doit pas pénaliser la société en raison des coûts prohibitifs qu'elle peut entraîner, avec le risque de lui faire renoncer à son projet de restructuration. La légitimité du droit de retrait suppose un prix de rachat fixé de manière raisonnable et équitable⁵⁰². La contestation possible du prix n'empêche pas la poursuite de l'opération.

⁴⁹⁴ L'Espagne est un des seuls Etats à avoir (en plus) donner aux minoritaires un droit de blocage, N. LENOIR, *ibid*, p. 107.

⁴⁹⁵ Article R 229-6 du Code de commerce. Selon le même article, cette décision doit être portée à la connaissance de la société par lettre recommandée avec accusé de réception.

⁴⁹⁶ L'article R 229-6 du Code de commerce renvoie à l'article R 229-5 du même code, « la décision de l'assemblée générale extraordinaire prise en application du deuxième alinéa de l'article L 229-2 fait l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans le département du siège social ainsi qu'au Bulletin des annonces légales obligatoires lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou lorsque ses actions ne revêtent pas toutes la forme nominative ».

⁴⁹⁷ L'article 8 §5 du Règlement va dans ce sens.

⁴⁹⁸ M. MENJUCQ, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *op. cit.*, p. 253.

⁴⁹⁹ « L'institution d'un tel droit [le droit de retrait] pourrait constituer un coût dissuasif sauf à la limiter à quelques hypothèses particulières », *cf.* M. MENJUCQ, « Régime juridique et fiscal du transfert de siège de la société européenne », *op. cit.*, p. 211, spéc. p. 213.

⁵⁰⁰ Selon l'article R 229-7 du Code de commerce, « la société adresse à chacun des actionnaires mentionnés à l'article précédent, dans un délai de quinze jours suivant la réception de sa demande, une offre de rachat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Le prix proposé par la société aux actionnaires détenant des actions d'une même catégorie doit être identique.

Cette offre comporte le prix offert par action et le mode de paiement proposé ainsi que le délai pendant lequel l'offre est maintenue et le lieu où elle peut être acceptée.

Le délai mentionné à l'alinéa précédent ne peut être inférieur à vingt jours.

Lorsque les titres de la société européenne sont admis aux négociations sur un marché réglementé, leur évaluation est faite conformément au II de l'article L. 433-4 du code monétaire et financier ».

⁵⁰¹ Le prix est fixé selon les modalités prévues à l'article 1843-4 du Code civil. Le prix est déterminé par un expert désigné soit par les parties soit, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la force des référés et sans recours possible.

⁵⁰² Selon le considérant 24 du Règlement SE, « une SE doit avoir la possibilité de transférer son siège statutaire dans un autre État membre. La protection appropriée des intérêts des actionnaires minoritaires qui s'opposent au transfert des créanciers et des titulaires d'autres droits doit s'inscrire dans des limites raisonnables ».

370. Il existe une différence de traitement entre les actionnaires s'opposant à un transfert et ceux qui s'opposent à une constitution de SE. Elle est critiquée par les associations d'actionnaires minoritaires⁵⁰³. En effet, aussi bien le transfert de siège social d'une SE, que la constitution d'une SE par voie de fusion, impliquent un changement de loi applicable quant à l'engagement des actionnaires au pacte social⁵⁰⁴.

371. Si les Etats membres n'exercent pas cette option relative en faveur des actionnaires minoritaires d'une société promouvant la constitution d'une SE par voie de fusion (ou de *holding*), les règles en vigueur dans ces Etats, pour les cas de fusion de SA, pourraient être référentes⁵⁰⁵.

B) L'absence de moyens pour pallier à l'absence de la mise en place d'une protection en faveur des actionnaires minoritaires

372. En droit français, le droit de retrait ne s'applique que dans de rares occasions⁵⁰⁶. Par exemple, en présence d'une SA dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, lorsque une personne ou un groupe de personnes détiennent au moins 95 % des droits de vote de la société en cause⁵⁰⁷, un droit de retrait s'applique. Les actionnaires minoritaires peuvent aussi demander aux autorités de marché d'imposer aux actionnaires majoritaires le dépôt d'une offre publique de retrait. Autant dans le cas de transformation en société en commandite par actions⁵⁰⁸ ou lorsque les personnes qui contrôlent la société envisagent des modifications significatives des statuts⁵⁰⁹, ou encore si elles entendent réaliser une fusion avec la société mère⁵¹⁰. En

En entrant en dissidence avec la politique d'organisation et de fonctionnement de la structure l'actionnaire pourrait s'y soustraire en se retirant, ses droits dans la structure étant acquis par celle-ci ou par d'autres actionnaires. Pour autant, la légitimité du droit de retrait suppose un prix de rachat fixé de façon convenable, cf. C. Masquefa, *La restructuration*, *op. cit.*, p. 378.

⁵⁰³ Parmi les critiques, il est intéressant de voir celle qui ont été émises lors du rachat par Allianz SE de sa filiale française AGF, notamment celle selon laquelle la situation des actionnaires était *in fine* la même dans les deux cas ; N. LENOIR, « Pourquoi choisir le statut de la société européenne », *op. cit.*, p. 74.

⁵⁰⁴ Voir supra n° 95.

⁵⁰⁵ A. ROJO, « Les investisseurs, actionnaires et autres porteurs de titres », *op. cit.*, p.115 s.

⁵⁰⁶ Outre la possibilité pour la minorité de blocage de s'opposer à la fusion opérée pour une société, certaines législations nationales confèrent aux actionnaires minoritaires le droit d'obtenir le rachat par la SE de leurs actions.

⁵⁰⁷ Article L 433-4 du Code monétaire et financier, et ex article 5-6-1 alinéa 2 du Règlement du conseil des marchés financiers. Article 236-1 et 236-2 RG AMF.

⁵⁰⁸ Article 236-5 RG AMF.

⁵⁰⁹ Article 236-6 RG AMF.

⁵¹⁰ Article 236-6 RG AMF.

dehors d'une offre publique, il ne semble pas qu'il existe d'autres cas de droit de retrait dans le droit français des SA.

373. Les actionnaires de la SE nouvellement créée (par voie de fusion par exemple), bénéficient de l'obligation qui est faite à un opérateur ayant franchi le seuil du tiers du capital ou des droits de vote, de déposer un projet d'offre publique⁵¹¹. Ce, si elle est immatriculée en France. Si l'opérateur conteste le franchissement, ou si il demande une exemption ou une dérogation à cette obligation, les actionnaires minoritaires pourront requérir une décision de l'Autorité imposant le dépôt d'un projet d'offre publique à cet opérateur ayant franchi le seuil du tiers du capital ou des droits de vote⁵¹².

374. Quant à la directive du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières, elle laisse également aux Etats membres le choix d'adopter des dispositions spécifiques en matière de protection des actionnaires qui se sont prononcés contre le projet de cette fusion. Le législateur français garde partiellement cet aspect sous silence. En effet, il s'est inspiré de la disposition qui existe pour les constitutions de SE par voie de fusion⁵¹³.

375. Le droit français n'organise pas un droit de retrait pour les actionnaires minoritaires. En revanche, il indique la procédure à suivre dans l'hypothèse où cette possibilité est offerte par la législation applicable à la société participant à la fusion. Le droit d'un Etat membre, dont relève une société qui fusionne, peut prévoir une procédure d'analyse et de modification du rapport d'échanges d'actions, ainsi qu'une autre indemnisation des actionnaires minoritaires. L'alinéa 2 de l'article L 236-28 du Code de commerce, indique que les associés se prononcent par une résolution spéciale, sur la mise en œuvre de procédures d'analyse et de modification du rapport d'échange des titres ou d'indemnisation des associés minoritaires. Ce, lorsque cette possibilité est offerte aux associés de l'une des sociétés participant à la fusion, par la législation qui lui est applicable⁵¹⁴. Dès lors, les associés de l'autre société qui fusionne relevant d'un Etat qui

⁵¹¹ Le franchissement peut être individuel ou concerté. Il peut aussi être le résultat d'une action concertée entre la société visée par une offre et des actionnaires agissant de concert avec elle en vue de faire échouer l'offre (article L 233-10-1 Code de commerce). Si ces concertistes viennent à franchir le seuil du tiers notamment par le cumul de leurs titres et de ceux autocontrôlés par la société visée, ils sont tenus au dépôt d'une offre publique. D. SCHMIDT, « Les droits de minoritaires et les offres publiques », *D.*, 2007, p. 1887 s.

⁵¹² D. SCHMIDT, *ibid*, p. 1887 s.

⁵¹³ Article 25 § 3 du Règlement SE.

⁵¹⁴ Cette disposition s'inspire de l'article 25 § 3 du Règlement SE.

ne prévoit pas ces mesures⁵¹⁵, doit les accepter de façon explicite, au moment de l'approbation du projet de fusion par les actionnaires. La décision prise en application de cette procédure, engage la société issue de la fusion.

376. Une telle mesure peut faire craindre un ralentissement dans le processus de constitution d'une SE, mais il n'en est rien. En effet, cette procédure n'a pas pour effet d'empêcher l'immatriculation de la société issue de la fusion. La procédure peut toujours être en cours au moment de la délivrance du certificat de conformité⁵¹⁶, elle doit seulement y être mentionnée.

377. Les actionnaires issues d'une SA française, qui se sont opposés à une constitution de SE par voie de fusion, ne peuvent pas revendiquer cette disposition. En revanche, ce droit de retrait concerne l'ensemble des actionnaires, lorsque ces derniers bénéficient d'un tel droit.

⁵¹⁵ Celles qui offrent aux actionnaires de la société qui fusionne dont il est question d'avoir recours auxdites procédures.

⁵¹⁶ Voir infra.

Conclusion du Chapitre I

378. Les prérequis pour les promoteurs d'une SE sont à la hauteur de la mission assignée à cette dernière. Pour autant, ils ne sont pas suffisants.

379. Les constituants d'une SE ou ceux désirant transférer le siège social dans un autre Etat membre, doivent s'assurer du respect des droits de leurs créanciers, de leurs actionnaires minoritaires, et de leurs salariés⁵¹⁷. Bien que le Règlement SE renvoie aux dispositions adoptées par les Etats membres, ils ne doivent pas être sacrifiés. Au regard des intérêts de tiers susceptibles d'être affectés, la transparence de l'opération est de mise. Les mesures de protection des intérêts des associés et des tiers, passent notamment par la diffusion de l'information au niveau national. D'ailleurs, le Règlement SE a mis en place un « statut minimal » de protection des actionnaires, axé sur l'information⁵¹⁸. De même, les dirigeants des sociétés participant à la constitution de la SE, doivent également informer les salariés⁵¹⁹

380. Les mesures existantes en faveur des créanciers, permettent à ces derniers de ne pas être pris au dépourvu. Ils peuvent agir en faveur de la sauvegarde de leurs droits, sans pour autant mettre en péril la création d'une SE, ou le transfert de son siège social. En revanche, contrairement aux droits des créanciers, le législateur français n'organise pas systématiquement de droit de retrait dans le cas de l'opposition au projet pour les actionnaires minoritaires. Les opérations de restructuration, telles que les fusions, évitent ainsi d'être mises à mal par une trop grande protection des actionnaires minoritaires⁵²⁰. Enfin, d'autres mesures existent, elles font intervenir des autorités publiques.

⁵¹⁷ Le Règlement SE oblige les sociétés participant à la constitution d'une SE, après publication du projet de constitution de la société, à organiser l'implication des travailleurs de la future SE avec les représentants des travailleurs de ces sociétés. Le non respect de cette obligation conduit au péril de l'immatriculation de la SE. Voir infra n°

⁵¹⁸ A. ROJO, « Les investisseurs, actionnaires et autres porteurs de titres », *op. cit.*, p. 115 s.

Voir infra.

⁵¹⁹ En effet, ils sont tenus de transmettre soit aux organisations syndicales des sociétés participantes, de leurs filiales et de leurs établissements qui disposent de représentants ou d'élus au sens du premier alinéa de l'article, soit, à défaut de représentants ou d'élus aux salariés des sociétés, filiales et établissements concernés, des informations. Ces informations doivent être transmises dans le délai d'un mois à compter de la publication du projet de constitution d'une SE.

Voir infra.

⁵²⁰ B. LECOURT, « Décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la société européenne », *Rev. soc.*, 2006, p. 439 s.

Chapitre II : Les interventions des autorités publiques orchestrées par le Règlement SE

381. Les mesures phares du Règlement SE sont la constitution de SE par voie de fusion transfrontalière et son transfert de siège social dans un autre Etat membre. Ils bénéficient d'une attention particulière puisqu'ils font l'objet de dispositions plus détaillées. Ce, compte tenu de la complexité de l'opération et de la coexistence d'intérêts variés, parfois divergents lors de la mise en œuvre de telles opérations. Les interventions des autorités publiques orchestrées par le Règlement SE, visent à sécuriser autant les différents intérêts en présence, que l'opération elle-même. Ces mesures d'intervention sont de deux ordres, elles arrivent à différents stades de l'opération visée.

382. En amont de la constitution d'une SE par voie de fusion ou, du transfert de siège social d'une SE avec changement de loi applicable, les autorités publiques désignées par les Etats membres peuvent s'y opposer (**section 1**). Comme la liberté d'établissement, peut être entravée par des exigences impérieuses d'intérêt général, telles que la protection des intérêts des associés minoritaires, des créanciers, des salariés, voire la prévention des abus⁵²¹.

383. Puis, il existe un moment crucial dans la procédure de constitution de la SE par voie de fusion, ou de son transfert. Il s'agit de la délivrance du certificat de conformité⁵²², par des autorités légitimées des Etats membres⁵²³. Après sa délivrance, la nullité de l'opération ne pourra plus être prononcée. Aucune opposition ne pourra être levée, car les autorités compétentes d'un Etat membre ne pourront pas contester la validité des contrôles élaborés dans un autre Etat membre⁵²⁴. D'autres dispositions du Règlement SE, portent sur le contrôle des régularités de la création de la SE et le transfert de son siège social. Ces mesures sont appliquées par les autorités publiques compétentes. Elles pérennisent et sécurisent l'opération visée (**section 2**).

⁵²¹ L. IDOT, « Transfert du siège social sans changement de loi applicable », *Europe*, n° 2, 2009, comm. 82.

⁵²² Le contrôle de la légalité a même été qualifié comme étant un apport essentiel du Règlement SE, J. BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 75.

⁵²³ Ainsi, malgré l'allongement des délais de réalisation et de l'augmentation des coûts engendrés par ces contrôles, ils constituent « un facteur de sécurité juridique », qui incitent à recourir à la SE ; ??, *Rev. soc.*, 2005, p. 527 s.

⁵²⁴ F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *op. cit.*, p. 115.

Section 1 : Les mesures d'intervention des autorités publiques en amont d'une opération de restructuration visée par le Règlement SE

384. En amont, le Règlement SE, permet aux autorités publiques désignées par les Etats membres de s'opposer au transfert du siège social d'une SE avec changement de loi applicable, et à la constitution d'une SE par voie de fusion. Pourtant, l'exercice de ce pouvoir d'opposition possède des contours flous (§ 1). Ces derniers peuvent être apprivoisés grâce aux raisonnements tenus par la CJUE en matière de liberté d'établissement (§ 2).

§ 1 : Les contours flous de l'exercice du pouvoir d'opposition attribué aux autorités publiques

385. Le Règlement SE offre aux Etats membres la possibilité de s'opposer au transfert du siège social d'une SE avec changement de loi applicable, et à la constitution d'une SE par voie de fusion. Toutefois, si les détenteurs de ce pouvoir d'opposition sont clairement désignés (A), les motifs de cette opposition sont entourés d'incertitudes (B).

A) Le détenteur du pouvoir d'opposition

386. Dans le délai de deux mois qui suit la publication du projet de transfert du siège statutaire de la société dans un autre Etat membre, la législation de son Etat d'origine peut prévoir qu'une autorité compétente⁵²⁵ puisse s'y opposer. Ce transfert doit résulter à un changement de droit applicable. De nombreux Etats ont levé cette option, comme l'Allemagne, les Pays Bas ou encore la France.

387. Cette dernière a attribué ce pouvoir au Procureur de la République⁵²⁶. Mais aussi à l'Autorité des marchés financiers, lorsque est concernée une société de gestion de portefeuille. Tout comme au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement lorsqu'il s'agit d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement. Ainsi qu'au Comité des entreprises d'assurances pour les entreprises

⁵²⁵ L'autorité nationale de surveillance financière peut s'opposer au transfert d'une SE soumise à son contrôle conformément aux directives européennes.

⁵²⁶ La France a levé l'option de l'article 19 du Règlement SE. Ce droit apparaît dans l'article L 229-4 du Code de commerce.

d'assurances⁵²⁷. En dehors de ces cas particuliers, le Procureur de la République dont l'intervention est contestée⁵²⁸, peut émettre un veto à l'encontre de cette opération. Pour autant, cela ne signifie pas qu'une épée de Damoclès pèse au dessus des personnes qui souhaitent promouvoir une telle opération.

388. En effet, cette opposition ne peut avoir lieu que pour des « raisons d'intérêt publics »⁵²⁹. Elle est susceptible de recours devant une autorité judiciaire, puisque le juge est gardien des libertés. En France, ce recours a lieu devant la Cour d'appel de Paris, si une opposition a été émise à temps par le Procureur de la République⁵³⁰, ou par le Conseil d'Etat dans les autres cas précédemment cités⁵³¹. Le Règlement SE tempère ce pouvoir de blocage.

389. Ce dernier ne pourra pas être exercé à n'importe quel moment de la procédure de transfert de siège social de la SE. Il ne pourra pas être actionné que dans les deux mois qui suivent la publication du projet envisagé. En d'autres termes, cette action devra avoir lieu, avant qu'à l'issue de cette même période, les associés se réunissent pour se prononcer sur le sort de cette opération.

390. Le Règlement SE prévoit également que la législation de l'Etat d'origine de la société participant à la constitution d'une SE par voie de fusion, puisse s'opposer à cette opération, avant la délivrance du certificat de conformité⁵³². Comme pour l'opération de transfert avec changement de loi applicable, et dans les mêmes conditions, le Procureur de la République et les autres autorités précédemment citées, peuvent s'opposer à la constitution d'une SE par voie de fusion impliquant une société relevant du droit français.

Transition 391. Ainsi, les diverses autorités compétentes ne pourront faire avorter la constitution de la SE par voie de fusion, ou son transfert, qu'en début de procédure.

⁵²⁷ Ces mesures relèvent respectivement des articles L 229-4 du Code de commerce, L 532-9-2 du Code monétaire et financier, L 511-13-1 et L 532-3-2 du Code monétaire et financier, L 322-28 du Code des assurances.

⁵²⁸ Un des doutes émis à leur encontre, est que tous les Procureurs de la République ne sont pas familiarisés aux enjeux soulevés par de telles opérations ; N. LENOIR, « Pourquoi choisir le statut de la société européenne », *op. cit.*, p. 74.

⁵²⁹ Article 19 alinéa 2 du Règlement SE.

⁵³⁰ Article L 229-4 du Code de commerce.

⁵³¹ Selon l'ordre édicté précédemment, articles L 532-9-2, L 511-13-1, L 532-3-2 du Code monétaire et financier et article L 322-29 du Code des assurances

⁵³² Article 19 du Règlement et article L229-4 du Code de commerce.

Mais, cela ne suffit pas à apaiser les incertitudes entourant les raisons pour lesquelles une opposition est formée.

B) Les incertitudes liées aux motifs de l'opposition à un transfert de siège social d'une SE avec changement de loi applicable ou à une constitution d'une SE par voie de fusion.

392. Le Règlement SE est flou sur les raisons pour lesquelles les diverses autorités compétentes peuvent s'opposer à une opération de transfert de siège social avec changement de loi applicable ou à une opération de constitution d'une SE par voie de fusion. En effet, l'alinéa 2 de l'article 19 du Règlement SE indique « seulement » qu'une autorité peut s'opposer à l'opération pour « intérêts publics ».

393. Afin de combler cette zone d'ombre, il semble qu'il faille se calquer sur les solutions apportées par la jurisprudence de la CJUE en matière de liberté d'établissement⁵³³. De sorte, les incertitudes laissées par le Règlement SE, peuvent être comblées par cette jurisprudence.

394. En effet, la CJUE apporte un éclairage sur les raisons pour lesquelles un Etat peut s'opposer au départ d'une société issue de son ordre juridique. Elle justifie l'emploi de ce pouvoir d'opposition, et répond aux critiques qui pourraient être formulées à l'encontre de l'octroi de ce pouvoir. Les solutions élaborées par la CJUE guident dans la compréhension des motifs à l'opposition d'un transfert de siège social avec changement de loi applicable, ou à une constitution de SE par voie de fusion.

395. Un Etat membre peut imposer à une société créée en vertu de son ordre juridique, des restrictions au déplacement du siège hors de son territoire. Ce, pour conserver la personnalité juridique dont elle bénéficie, en vertu du droit de ce même Etat membre⁵³⁴. Contrairement à une personne physique, toute société est créée selon un ordre juridique. Elle n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui détermine sa

⁵³³ En outre, une fusion ne peut être réalisée que dans le respect des règles de concurrence du Traité. La constitution d'une SE par voie de fusion n'y échappe, cf. considérant 2 du Règlement SE. D'ailleurs, peu importe la forme ou le mécanisme juridique choisi c'est l'activité économique qui est déterminante, c'est le principe de neutralité, cf. C. Masquefa, *La restructuration*, op. cit., p. 220.

⁵³⁴ *Uberseering* point 70, *Cartesio* point 107 et *Cartesio* point 124 *in fine*.

constitution et son fonctionnement⁵³⁵. Si on calque ce raisonnement à la compréhension du Règlement SE, la légitimité de ce pouvoir d'opposition octroyé par ce Règlement coule de la « nature » même de la société. Il n'est donc pas incongru de retrouver une telle disposition dans ce texte, même si ce dernier encourage à la mobilité dans l'espace européen.

396. De même, on peut s'inspirer des solutions apportées par la CJUE, pour les motifs d'opposition des autorités compétentes, au transfert de siège social avec changement de loi applicable ou à la constitution d'une SE par voie de fusion. La zone d'ombre laissée par le Règlement peut être éclairée par la jurisprudence en matière de liberté d'établissement.

§ 2 : La transposition du raisonnement de la CJUE aux motifs d'opposition à un transfert de siège social d'une SE avec changement de loi applicable ou à une constitution d'une SE par voie de fusion

397. Les motifs d'opposition à un transfert de siège social d'une SE, avec changement de loi applicable, ou à une constitution d'une SE par voie de fusion, ne sont pas précisés par le Règlement SE. Ces précisions peuvent être apportées par la jurisprudence de la CJUE en matière de liberté d'établissement. Pour y parvenir, il faut décortiquer le raisonnement de la CJUE, dans le cas d'une entrave à la liberté d'établissement (A). L'opposition, à une opération transfrontalière précitée, peut être justifiée en présence de plusieurs critères (B).

A) L'analyse du raisonnement de la CJUE face à une mesure d'entrave à la liberté d'établissement

398. Le raisonnement de la CJUE est composé de plusieurs étapes.

399. La liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre, dans le territoire d'un autre Etat membre, est prévue aux articles 49 et 54 du Traité FUE (ex 43 et 48 du Traité CE). Les raisons qui animent l'exercice de cette liberté, n'ont pas à être retenues.

⁵³⁵ *Daily Mail* point 19 et *Cartesio* point 104.

400. Pour autant, les justiciables ne peuvent abusivement (ou frauduleusement) se prévaloir de ces normes européennes. Ainsi, les Etats membres peuvent prendre des mesures destinées à empêcher ses ressortissants de se soustraire abusivement (ou frauduleusement) à leurs législations⁵³⁶. Dans le cas d'une entrave à l'exercice de la liberté d'établissement, on recherche s'il existe des justifications.

401. Comme n'importe quelle mesure portant atteinte à une liberté issue d'une norme européenne, la CJUE étudie si cette mesure est ou non discriminatoire.

402. Dans le cas d'une mesure discriminatoire, elle est justifiée à condition qu'elle entre dans le champ d'une dérogation expressément prévue par l'article 46 du Traité CE. Cela reste très théorique en matière de liberté d'établissement. Par ailleurs, la jurisprudence a subordonné l'application de cette disposition à « l'existence d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ». Une loi portant atteinte à la liberté d'établissement, ne peut pas relever de l'ordre public ou de la santé. Le point 122 de l'arrêt *Inspire Art*, par exemple, précise à ce propos que la protection des créanciers ne relève pas du régime dérogatoire de l'article 46 du Traité CE.

403. Dans l'hypothèse où la mesure litigieuse n'est pas discriminatoire, elle doit être justifiée, proportionnelle et propre à garantir l'objectif poursuivi⁵³⁷.

404. Les Etats membres peuvent prendre des mesures destinées à protéger les intérêts des salariés, des associés minoritaires et des créanciers (dont le fisc). Ils doivent aussi veiller à la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux et à la loyauté des transactions commerciales. Ces mesures constituent des raisons impérieuses d'intérêt général. La lutte, contre le recours abusif à la liberté d'établissement, peut également justifier qu'une telle mesure soit prise⁵³⁸. La fraude et ou l'abus, évoqués notamment dans l'arrêt *Centros*, peuvent constituer une raison impérieuse d'intérêt général⁵³⁹.

⁵³⁶ Voir par exemple les points 24 de *Centros*, et 136 de *Inspire Art*.

⁵³⁷ Voir par exemple point 34 *Centros*, point 133 *Inspire Art*.

⁵³⁸ Voir par exemple le point 132 *Inspire Art*.

⁵³⁹ M. MENJUCQ, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *op. cit.*, p. 448.
Pour (peut être) lui accorder la valeur de principe général .

405. L'exercice de la liberté d'établissement est limité par la fraude aux droits des tiers dans un usage abusif de cette liberté. Néanmoins, cette limite reste "théorique"⁵⁴⁰. Cette abstraction tient au fait que la CJUE n'en définit pas les contours. Cependant au fur et à mesure de ses arrêts, elle indique si la loi litigieuse s'applique au regard de cette liberté⁵⁴¹. Par exemple, la création d'une société dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse, ne suffit pas pour constater un usage abusif de la liberté d'établissement. En revanche, lorsque la société vise des montages (purement) artificiels dans le but d'échapper à la législation de l'Etat membre auteur de la réglementation⁵⁴², ils sont alors dépourvus de réalité économique.

406. Les raisons impérieuses d'intérêt général ne suffisent pas à justifier une entrave à la liberté d'établissement. Elles ne doivent pas avoir pour effet d'annihiler cette liberté reconnue aux sociétés par les articles 49 et 54 du Traité FUE (ex 43 et 48 du Traité CE)⁵⁴³. Aussi, les mesures d'entraves ne peuvent porter que sur les modalités de l'exercice de cette liberté. Mais, la mesure visée doit être propre à garantir l'objectif poursuivi. Elle doit rester compatible au regard du Traité. Par conséquent, elle ne doit pas aller au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ses objectifs (ceux visés par la loi litigieuse).

407. En somme, que la mesure soit prise par le juge pour sanctionner un comportement abusif, ou par l'Etat membre pour prévenir d'une telle dérive, elle doit répondre à plusieurs critères. Cette mesure ne doit pas être discriminatoire, elle doit pouvoir être justifiée, tout en respectant les principes de nécessité (la restriction doit être appropriée à l'objectif poursuivi, et compatible avec les objectifs du Traité) et de proportionnalité (aux objectifs du Traité).

⁵⁴⁰ M. MENJUCQ, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *Bull Joly soc.*, 2003, n°12, p. 1296.

⁵⁴¹ Voir supra.

⁵⁴² CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, affaire C-196/04, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas* : Rec. CJCE 2006, I, p. 7995

⁵⁴³ Voir supra.

Point 93 de l'arrêt *Uberseering*.

Considérant 3 de la directive 2005/56/CE.

B) Les motifs pouvant s'opposer à un transfert de siège social d'une SE avec changement de loi applicable ou à une constitution d'une SE par voie de fusion

408. Dans le cas où la mesure législative adoptée est disproportionnée, et qu'elle va bien au delà de l'objectif poursuivi, il existe une alternative. En effet, cette dernière consiste à appliquer des mesures autres que législatives (moins restrictives) de façon ponctuelle. Elle prend, par exemple, la forme d'une opposition. Les juridictions peuvent sanctionner le comportement abusif ou frauduleux des justiciables, et faire obstacle à l'opération transfrontalière en cours.

409. Toutefois, avant de s'y opposer et de refuser le bénéfice des dispositions concernées, les juridictions doivent examiner le comportement supposé abusif ou frauduleux. Il est examiné au regard d'éléments objectifs, en prenant notamment compte des buts poursuivis par les dispositions concernées.

410. Aussi, pour qu'une autorité juridique puisse s'opposer à une opération transfrontalière, elle doit justifier son action en raison de la présence de difficultés manifestes et prouvées de coordination entre les ordres juridiques concernés. Ces difficultés doivent être susceptibles de provoquer des risques sérieux pour la sécurité juridique ou pour la protection des intérêts des salariés, créanciers ou actionnaires minoritaires des sociétés intéressées⁵⁴⁴.

411. Cette alternative proposée par l'avocat général A. Tizzano, peut être appliquée à la mesure sur l'opposition figurant dans le Règlement SE. La protection des intérêts des salariés, des créanciers ou actionnaires minoritaires des sociétés concernées, peuvent constituer des « raisons d'intérêt publics » et un motif d'opposition à un transfert de siège social, avec changement de loi applicable, ou à la constitution d'une SE par voie de fusion. Cependant, même si ces divers arguments peuvent menacer la poursuite d'une opération transfrontalière, ils peuvent également être aisément écartés.

412. Lorsque l'argument de protection des créanciers est avancé, la cour (déjà dans l'arrêt *Centros*) le réfute. Elle argue, qu'ils peuvent se référer au droit européen. Elle renvoie au droit d'information qui résulte de la transposition de la 4e et de la 11e

⁵⁴⁴ Ce raisonnement peut être tenu afin de s'opposer à l'opération transfrontalière litigieuse, Conclusions de M. Tizzano, affaire C-411/03, I, 10810.

directive⁵⁴⁵. En effet, la jurisprudence de la CJUE estime, notamment, que l'harmonisation de ces règles (dans l'arrêt *Inspire Art* par exemple il s'agissait de l'harmonisation des règles d'immatriculation de la succursale) permet d'exercer leurs droits à l'information. D'autant que ces mesures de protection se trouvent complétées par diverses garanties personnelles qu'ils peuvent prendre.

413. Par analogie, on peut supposer que si la protection des tiers est avancée, dans le cadre de la constitution d'une SE, ou du transfert de siège de la SE, on pourra la contredire en avançant les mêmes arguments que ceux qui ont été exposés par la CJUE dans sa jurisprudence. Le droit d'information des créanciers mis en œuvre par le Règlement SE est minime. Cependant, il renvoie aux droits nationaux dont relèvent les sociétés créatrices ou la SE elle-même.

414. De même, si une opposition est formulée pour protection des associés minoritaires, à l'encontre du transfert de siège social d'une SE, avec changement de loi applicable, ou de la constitution d'une SE par voie de fusion, l'argument peut être réfuté de façon similaire. En effet, des mesures ont été prises par le Règlement SE. Les associés minoritaires d'une SE ne sont pas moins bien lotis que ceux d'une SA nationale⁵⁴⁶. En outre, en tant qu'actionnaires, ils bénéficient de plusieurs mesures d'information.

415. Le même raisonnement peut être tenu, si l'argument de protection des salariés est avancé⁵⁴⁷.

416. Les différentes voies de constitution d'une SE et le transfert de siège de la SE, ne peuvent pas être finalisés, si l'information n'a pas été réceptionnée par ces différents bénéficiaires. L'information destinée aux personnes susmentionnées, a fait l'objet de plusieurs directives. Ces dernières assurent aussi le bon fonctionnement des transactions commerciales au sein de l'Union⁵⁴⁸.

417. L'opposition au transfert de siège social d'une SE, avec changement de loi applicable, ou à une constitution d'une SE par voie de fusion, ne peut être formée qu'en amont de l'opération visée. Par la suite, les autorités publiques, ne pourront intervenir

⁵⁴⁵ Pour exemple point 36 *Centros*, et point 135 *Inspire Art*.

⁵⁴⁶ Voir infra.

⁵⁴⁷ Par ailleurs, la SE ne pourra pas être immatriculée, si les dispositions relatives à l'implication des travailleurs n'ont pas été respectées.

⁵⁴⁸ B. LECOURT, *L'influence du droit sur la constitution de groupements*, LGDJ, 2000, n° 474 s.

qu'en aval de la constitution d'une SE ou de son transfert. En effet, des mesures du Règlement SE visent à sécuriser et veillent à la régularité de l'opération.

Section 2 : Les mesures visant à sécuriser l'opération finalisée

418. Contrairement à la constitution d'une SE par voie de fusion, une fois que les différentes étapes de constitution de la SE *holding* sont achevées⁵⁴⁹, la société pourra être immatriculée. En effet, l'immatriculation de la SE *holding* et sa publicité, suffisent à assurer la perfection de sa création⁵⁵⁰. Elles prouvent l'accomplissement des formalités.

419. Chaque société immatriculée en France visant cette opération, fait insérer un avis dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, au niveau national, et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales⁵⁵¹. Le mode opératoire est le même lors de la transformation d'une SA en SE. Toutefois, si elle est immatriculée en France elle devra faire l'objet de la même publicité que pour une modification des statuts d'une SA⁵⁵².

420. Pour la constitution d'une SE par voie de fusion, ou le transfert de son siège social, dans chaque État membre concerné, un Tribunal, un notaire ou une autre autorité compétente⁵⁵³, délivrent un certificat attestant de manière concluante l'accomplissement des actes et des formalités préalables. Ces différentes opérations font l'objet de contrôles poussés. Ils veillent à la régularité de l'opération finalisée (§ 1). D'autres mesures du Règlement SE servent à pérenniser les opérations précédemment citées (§ 2). Mais, elles ne s'apparentent pas à des mesures de contrôles.

§ 1 : Les mesures veillant à la régularité de l'opération finalisée

421. Pour réaliser le contrôle, le Règlement SE a laissé le choix aux Etats membres d'opter, pour le Tribunal, pour le notaire, ou pour « une autre autorité compétente ».

⁵⁴⁹ Celles décrites dans les articles 32 et 33 § 2 du Règlement SE.

⁵⁵⁰ F. COLLIN, J.-P. DOM et J.-C. PAROT, « La société européenne », *op. cit.*, p. 5, spéc. p. 28 ; article 33§ 5 du Règlement SE.

⁵⁵¹ Article R 229-19 du Code de commerce.

⁵⁵² Article R 229-22 et R 225-165 du Code de commerce.

⁵⁵³ Selon le § 2 de l'article 25 du Règlement SE, il peut s'agir d'un notaire, d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente désignée comme telle par l'Etat membre concerné.

422. Les autorités compétentes désignées par le droit français sont le greffier du Tribunal de commerce et le notaire. Le choix de ce dernier s'est imposé comme étant la solution la plus sûre et la plus efficace⁵⁵⁴. Ce, compte tenu de l'encombrement des tribunaux et de l'absence en droit français d'une « autorité compétente », susceptible d'accomplir la mission de contrôle imposée par le Règlement SE. Il avait déjà ce rôle au moment de l'adaptation de la première directive du 9 mars 1968⁵⁵⁵, mais le droit français s'en était éloigné. Le notaire s'était vu retirer toute fonction dans le contrôle de la légalité de la constitution des sociétés en droit français⁵⁵⁶. Son retour d'autorité se révèle, en quelque sorte, comme un « retour aux sources ».

423. Le droit français dévolue une mission de contrôle au notaire et au greffier. A la lecture de l'article L 229-3 du Code de commerce, le partage des rôles n'est pas clair. Toutefois, après le décryptage des différents renvois effectués sur base de cet article, une distinction existe. Elle varie d'intervenant, selon que le contrôle porte sur les différentes sociétés qui fusionnent, ou sur la SE elle-même. La constitution d'une SE par voie de fusion et le transfert de siège social de la SE, sont jalonnés de contrôles de régularité.

424. Le contrôle s'effectue lors du dépôt de déclaration spéciale de conformité, par le greffier (A). Ensuite, la SE issue de la constitution par voie de fusion fait l'objet d'un contrôle de légalité, par le notaire (B). Pour le transfert de son siège social, elle n'a pas besoin du contrôle de légalité, mais elle doit obtenir un certificat de conformité, délivré par le notaire (C).

A) Le contrôle effectué lors du dépôt de déclaration spéciale de conformité

425. Les sociétés participant à la fusion sont tenues, sous peine de nullité, de déposer une déclaration spéciale de conformité. Le contrôle qui s'ensuit, est attribué au greffe du tribunal de leur siège social. Ce rôle du greffe, provient de la combinaison de

⁵⁵⁴ B. SAINTOURENS, « Société européenne : l'intervention obligatoire du notaire », *JCP éd. N.*, n° 41, 2005, p. 1413.

⁵⁵⁵ Suite à des débats « houleux », le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés avait été rejeté. Les nombreux arguments invoqués, et les références des documents faisant état des débats, apparaissent dans B. LECOURT, « Décret n° 2006-448 du 14 04 2006 relatif à la société européenne », *Rev. soc.*, 2006, p. 439.

⁵⁵⁶ B. LECOURT, « La loi pour la confiance et la modernisation de l'économie introduit la SE en droit français », *Rev. soc.*, 2005, p. 701. L'auteur rappelle que la loi du 3 janvier 1983, a supprimé la déclaration notariée de souscription et de versement.

l'article 25 du Règlement SE, avec les articles L 236-6, L 229-3 et R 236-4 du Code de commerce.

426. Aucune règle spécifique n'est prévue en la matière. Conformément à l'article 25 §1 du Règlement, le contrôle de la légalité de la fusion est effectué selon la loi relative à la fusion de SA, applicable dans l'État membre dont elle relève, pour la partie de la procédure relative à chaque société qui fusionne.

427. Ainsi, selon le droit français, et l'article L 236-6 du Code de commerce plus précisément, les sociétés participant à l'opération sont tenues de déposer au greffe une déclaration spéciale de conformité. Cette dernière relate tous les actes effectués en vue de procéder à l'opération visée. Elle affirme que l'opération a été réalisée conformément « aux lois et règlements ». Par conséquent, le greffier doit vérifier que les sociétés participantes ont établi un projet commun, déposé au Tribunal et publié.

428. La déclaration de conformité doit être déposée au greffe suite au vote de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire, de chaque sociétés participant à l'opération⁵⁵⁷. Ce document est accompagné d'une demande d'inscription modificative au RCS du siège de l'une des sociétés bénéficiaires⁵⁵⁸. La réalisation de la fusion fait l'objet d'une publicité selon les modalités prévues par chaque Etat membre, des sociétés qui fusionnent⁵⁵⁹. Cette étape de la procédure renvoie à l'article R 236-4 du Code de commerce. Ce dernier fait référence à l'article L 236-6 du même Code et attribue ce rôle au greffier. La place du greffier dans cette partie de la procédure est clarifiée.

429. Une fois les modalités prévues par les articles L 236-6 et R 236-4 du Code de commerce sont réalisées, les SA françaises parties prenantes à la constitution de la SE par voie de fusion, reçoivent un certificat du greffier. Ce dernier atteste « d'une manière concluante » l'accomplissement des actes et des formalités préalables à la fusion. Le contrôle est réputé accompli à la date du dépôt de la déclaration au RCS de l'une des sociétés bénéficiaires⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ B. LECOURT, « Réponses ministérielles », *Rev. soc.*, 2007, p. 195.

Une copie de la déclaration devra être déposée au greffe de chaque société participante, conformément à l'alinéa 1^{er} de l'article R 236-4 du Code de commerce.

⁵⁵⁸ Alinéa 1^{er} de l'article R 236-4 du Code de commerce.

⁵⁵⁹ Article 27 du Règlement SE.

⁵⁶⁰ Réponse ministérielle n° 28480 sur le contrôle du greffier du tribunal de commerce en matière de création d'une société européenne par voie de fusion.

430. C'est à partir du contrôle réalisé et des documents fournis par le greffier, que le notaire pourra mener à bien sa mission. Le notaire opère un contrôle relatif à la SE elle-même. D'ailleurs, il est intéressant de constater que le greffier n'opère pas de contrôle antérieur à celui du notaire, lors d'une opération de transfert. L'absence d'intervention de sa part est logique puisque les sujets de son contrôle sont les différentes sociétés promouvant l'opération de constitution de la SE, et non la SE elle-même. Or dans une opération de transfert, la société existe déjà.

B) L'obtention du contrôle de légalité

431. La procédure relative à la réalisation de la fusion et à la constitution de la SE, est contrôlée par une autorité compétente dans l'Etat membre du futur siège statutaire de la SE⁵⁶¹.

432. En France, cette mission a été conférée au notaire⁵⁶². Il est compétent pour contrôler la légalité de la fusion, pour la partie de la procédure relative à sa réalisation (c'est à dire la régularité de la procédure suivie par les sociétés participantes ayant leur siège en France⁵⁶³) et à la constitution de la SE, dans l'Etat membre de son futur siège statutaire.

433. Son rôle est multiple. Il accomplit sa mission à partir des certificats remis par les autorités compétentes⁵⁶⁴. Les sociétés impliquées dans la constitution de SE par voie de fusion, devront délivrer au notaire les certificats en vue de son immatriculation en France. Dans un délai de six mois à compter de sa délivrance, complétés par les copies du projet de fusion de chaque société, il pourra à son tour attester de la « conformité de l'opération au droit ». Les certificats collectés doivent attester « de manière concluante » l'accomplissement des actes et formalités préalables à la fusion.

⁵⁶¹ Selon le § 1 de l'article 26 du Règlement SE, le contrôle peut être assuré par un tribunal, un notaire ou une autre autorité compétente dans l'Etat membre.

⁵⁶² Pour éviter des conflits d'intérêt, le notaire choisi (celui qui procède aux contrôles de régularité prévus au dernier alinéa de l'article L 229-2 et au 2^e alinéa de l'article L 229-3 du Code de commerce), « ne peut avoir ni instrumenté, ni rédigés d'actes sous seing privé, ni donné des consultations juridiques à l'occasion de l'opération pour laquelle le contrôle effectué », article R 229-2 du Code de commerce. Cette mesure s'inscrit dans « l'esprit actuel du droit des sociétés, soucieux d'éviter des conflits d'intérêt au sein des sociétés, cela en organisant une véritable indépendance des contrôleurs », B. LECOURT, « Décret n° 2006-448 du 14 04 2006, relatif à la société européenne », *op. cit.*, p. 439.

⁵⁶³ Article L 229-3 du Code de commerce.

⁵⁶⁴ Ce sont des greffiers qui remettent ces certificats aux sociétés françaises impliquées par la fusion.

434. La procédure relative au contrôle de chaque société, et celle du contrôle de la réalisation de l'opération, se ressemblent. Dans le premier cas, elle est confiée au greffier et dans le second au notaire. En ce qui concerne le contrôle de la légalité relatif à la constitution de la SE, le notaire devra prendre en considération d'une part, l'ensemble des règles issues du Règlement SE et, d'autre part, les conditions générales de constitution de ce dernier. Surtout celles prévues en cas de constitution d'une SE par voie de fusion, telles qu'elles figurent dans le Code du commerce.

435. En outre, il devra s'assurer que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet de fusion dans les mêmes termes⁵⁶⁵. Le contrôle de légalité porte aussi sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs ont été fixées. Le notaire doit s'assurer que l'une des trois hypothèses suivantes, est mise en place⁵⁶⁶.

436. La première hypothèse, porte sur les conditions d'adoption de l'accord et son contenu, suivant les mentions obligatoires fixées à l'article L 2352-16 du Code de travail. La seconde porte, sur le contrôle de décision issue de la faculté offerte par l'alinéa 2 de L 2352-13 du Code de travail. Elle doit avoir été prise dans les conditions de quorum et de majorité fixées par ce même article. La troisième se situe sur le contrôle de la mise en œuvre des dispositions figurant à la section 3 du chapitre IX du même Code, ou par les dirigeants des sociétés participantes, engagés à en faire application, dans le cas d'absence d'accord et de décision quant à se référer au dispositif, prévu l'alinéa 2 de L 2352-13 du Code de travail. L'une des trois solutions proposées doit être suivie, afin de réaliser l'implication des salariés dans la SE.

437. Enfin, toujours dans l'hypothèse où la SE fixe son siège en France, le notaire devra s'assurer que la constitution de la SE répond aux conditions fixées par le Règlement SE, ainsi qu'aux dispositions françaises spécifiques à la constitution d'une SE par voie de fusion, puis à celles françaises applicables aux SA, conformément à l'article 15 du Règlement SE⁵⁶⁷. Les règles posées par le droit positif français pour la fusion de SA, s'appliquent à condition qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions du Règlement

⁵⁶⁵ Ce contrôle pourra être plus délicat à effectuer si plusieurs versions ont été établies en plusieurs langues, B. SAINTOURENS, « Société européenne : l'intervention obligatoire du notaire », *op. cit.*, p. 1413.

⁵⁶⁶ Dans le même sens, B. SAINTOURENS, *ibid*, p. 1413.

⁵⁶⁷ Selon le § 1 de l'article 15, « sous réserve des dispositions du présent règlement, la constitution d'une SE est régie par la loi applicable aux sociétés anonymes de l'État où la SE fixe son siège statutaire ».

SE. Ainsi qu'à celles du Code de commerce pour la fusion des sociétés en vue de constituer une SE.

438. Le projet de fusion, approuvé par la société, et le certificat attestant d'une manière concluante l'accomplissement des actes et des formalités préalables à cette opération, délivré par l'autorité compétente de chaque Etat membre dont chacune des sociétés qui fusionnent dépendent, doit être délivré à l'autorité compétente de l'Etat du futur siège statutaire de la SE, dans un délai de six mois. Ce délai court à compter de la délivrance du certificat.

439. Ce certificat a plusieurs fonctions. Après son octroi, l'autorité du siège ne pourra plus contester la validité ou la qualité des contrôles réalisés dans chaque Etat membre⁵⁶⁸. Par ailleurs, sur la base de tous ces certificats remis⁵⁶⁹, l'autorité compétente du lieu du siège social de la SE, devra procéder au contrôle de la légalité de la fusion conformément à la loi applicable de cet Etat.

440. Lors du transfert de siège social d'une SE, cette dernière ne doit pas obtenir un contrôle de l'égalité, mais un certificat de conformité.

C) L'octroi du certificat de conformité

441. L'opération de transfert de siège social de la SE ne pourra se réaliser que si tous les actes et formalités sont accomplis avant ladite opération. La méthodologie est la même que celle employée pour l'opération de constitution de SE par voie de fusion. Si la société projette de transférer son siège social en France, le contrôle du transfert sera confié à un notaire, chargé d'élaborer un certificat de conformité.

442. Bien évidemment son certificat ne portera pas sur la régularité de constitution de la SE, puisque la société existe déjà et qu'elle ne perd pas sa personnalité morale au cours du transfert. Le certificat portera sur la régularité du projet de transfert du siège social. Son rôle ne se borne pas à la vérification des mentions obligatoires devant figurer sur le projet de transfert. Le Règlement SE précise que cette vérification porte sur « les actes et formalités préalables au transfert ». Le notaire doit s'assurer que le projet de

⁵⁶⁸ F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *op. cit.*, p. 115 s.

⁵⁶⁹ Par les diverses autorités nationales compétentes pour contrôler la légalité de la fusion.

transfert a été soumis à l'ensemble des actionnaires selon les conditions de quorum et de majorité requis⁵⁷⁰. Il doit également s'assurer de l'existence d'un rapport expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques du transfert, ainsi que les conséquences de l'opération pour les actionnaires, les créanciers, et les travailleurs.

443. En cas d'existence de titulaires d'actions d'une catégorie déterminée ou d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote, le notaire doit s'assurer que le projet de transfert de siège social de la SE a été soumis aux assemblées composées de ces titulaires⁵⁷¹. Ces assemblées, visées par les articles L 225-99 et L 228-35-6 du Code de commerce, votent dans les conditions de quorum et de majorité qui leur sont propres.

444. De même, en cas d'existence de porteurs de certificats d'investissement, il doit s'assurer que le projet de transfert du siège social de la SE, a été soumis à cet assemblée spéciale. Sauf si la SE fait une offre de rachat. Dans ce cas, il devra s'assurer que l'assemblée a bien délibéré sur cette offre.

445. En présence d'obligataires dans la société, il doit s'assurer que le projet de transfert du siège social de la SE leur a été soumis, et qu'ils ont délibéré sur les mesures prévues par l'article L 228-65 du Code de commerce. Dans une deuxième alternative possible, il doit tenir compte de l'existence d'une offre de remboursement des obligations, si une telle offre leur a été proposée.

446. Le notaire est l'auteur de la délivrance du certificat de conformité et du contrôle de légalité. Pourtant la forme requise que doit prendre l'exécution du contrôle effectué par ce notaire, n'est précisé dans aucun des textes. En revanche, ce contrôle et ce certificat sont exigés par la loi. Le notaire n'agit pas à la seule demande des parties, pour seulement constater leurs accords. Par conséquent, ces documents doivent requérir la forme d'un acte authentique⁵⁷².

447. Ces différentes mesures de contrôle ne sont pas les seules à sécuriser le transfert du siège social d'une SE et la constitution d'une SE par voie de fusion. Il en existe d'autres qui pérennisent ces opérations finalisées.

⁵⁷⁰ La décision de transfert prise par les actionnaires ne peut intervenir que deux mois après la publication du projet.

⁵⁷¹ Toute décision modifiant leurs droits n'est définitive qu'après l'approbation par l'assemblée spéciale qui les réunit.

⁵⁷² La forme requise du certificat délivré par le notaire n'est pas précisée par les textes.

§ 2 : La pérennité de la création d'une SE ou du transfert de son siège

448. Les pérennités de la création d'une SE par voie de fusion, et du transfert de son siège social, sont assurés. Dans le premier cas, elle résulte, de la simultanéité de la date de prise d'effet de la fusion avec celle de la date d'immatriculation de la SE (**A**). Dans le second cas, découle de la simultanéité de la date de prise d'effet du transfert du siège statutaire de la société avec celle de la date d'immatriculation de la SE au registre de son nouveau siège social (**B**).

A) La simultanéité de la date de prise d'effet de la fusion avec celle de la date d'immatriculation de la SE

449. Après que le greffier et le notaire aient opérés leurs contrôles⁵⁷³, dans le cas où la SE choisie la France pour y établir son siège statutaire, elle pourra s'y immatriculer auprès du greffier au RCS du lieu de son siège statutaire⁵⁷⁴. Ainsi, à dater de cette immatriculation, la fusion et la constitution simultanée de la SE prendront effet.

450. Cette solution est issue de la combinaison des articles 27 et 12 du Règlement, ainsi que de l'article L 236-4 du Code de commerce. Le premier article, précédemment cité, renvoie au second et celui-ci renvoie aux dispositions nationales. Par conséquent, la date de la prise d'effet de la fusion est celle de la date de l'immatriculation de la SE, issue de la fusion par constitution d'une société nouvelle, ou par absorption.

451. Cette précision est importante. Elle contribue à sécuriser la constitution de la SE par voie de fusion, en évitant de lui annexer des difficultés supplémentaires.

⁵⁷³ Il s'agit du contrôle effectué par le greffier lors du dépôt de déclaration spéciale de conformité, suivi de l'obtention du certificat du notaire attestant la légalité des opérations de constitution de la SE.

Voir supra.

⁵⁷⁴ Selon l'article 27 § 1 du Règlement SE, la société est immatriculée conformément à l'article 12 du Règlement SE qui lui même renvoie au droit national. Il faut donc puiser dans l'article L 236-4 du Code de commerce.

452. Le droit français relatif aux fusions de sociétés nationales, et celui en corrélation avec les fusions transfrontalières⁵⁷⁵, se distinguent selon que la fusion aboutisse à la constitution d'une société nouvelle ou à l'absorption d'une société.

453. La date de réalisation de la fusion aboutissant à la création d'une nouvelle société, comme pour la création d'une SE par voie de fusion, correspond au jour de l'immatriculation de cette société. En revanche la date de réalisation d'une fusion absorption correspond à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération.

454. Sauf dans l'hypothèse où le contrat de fusion fixe une autre date. Cette dernière ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la société ou des sociétés bénéficiaires, ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine.

455. Par ailleurs, dans le cadre d'une fusion transfrontalière, il faut ajouter que la date fixée par le projet, ne peut pas être antérieure au contrôle de légalité. Les effets de la fusion absorption sont reportés, différés. Il s'agit là de la fameuse clause de rétroactivité⁵⁷⁶.

456. Le Règlement SE ne fait pas de distinction entre la SE créée par voie de fusion absorption, et celle constituée par voie de création d'une société nouvelle. La date de la prise d'effet de la fusion reste la même car la finalité de la fusion transfrontalière est la création d'une SE. La fusion n'est qu'un moyen pour y parvenir.

457. Le greffier du tribunal qui immatricule la société issue de l'opération de constitution d'une SE par voie de fusion, notifie sans délai la prise d'effet de cette fusion à l'autorité compétente du siège de chaque société ayant participé à l'opération⁵⁷⁷. Ensuite, le greffier de chaque tribunal dans le ressort duquel est immatriculée une société ayant participé à la fusion et dont le siège était situé en France, procède à la radiation de son

⁵⁷⁵ Droit français des fusions transfrontalières issu de la transposition de la directive 2005 relative aux fusions transfrontalières.

⁵⁷⁶ On entend par clause de rétroactivité la stipulation par laquelle les parties à la fusion entendent reporter les effets de celle-ci à une date antérieure à celle de son approbation, M. Cozian, A. Viandier et F. DEboissy, Droit des sociétés, Litec, n° 1332.

⁵⁷⁷ L'article R 123-74-1 du Code de commerce s'applique dans le cadre d'une fusion transfrontalière.

immatriculation. Dès réception de la notification de la prise d'effet de la fusion transfrontalière dans l'Etat membre concerné.

458. Néanmoins, si la fusion est un moyen pour parvenir à la création d'une SE, elle entraîne *ipso jure* et simultanément les mêmes effets qu'une fusion nationale⁵⁷⁸. Dès lors, la procédure de fusion par absorption entraîne d'une part, automatiquement la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de chaque société absorbée à la société absorbante devenue la SE, et d'autre part, la disparition de la société absorbée.

459. En outre, les actionnaires de la société absorbée deviennent actionnaires de la société absorbante, devenue SE. La procédure de fusion par constitution d'une nouvelle société entraîne automatiquement la dissolution sans liquidation des sociétés qui fusionnent, et par la même la transmission universelle de leurs patrimoines, actif et passif, à la SE née de cette fusion. Ainsi, les actionnaires des sociétés qui fusionnent le deviennent de la SE.

460. Les tiers peuvent s'opposer au transfert de certains biens, droits et obligations apportés par les sociétés qui fusionnent. A condition que le droit applicable aux fusions de SA, dont les sociétés créatrices relèvent, en prévoit les formalités⁵⁷⁹. Les intérêts des créanciers (non obligataires), des obligataires et des porteurs d'autres titres que des actions, de ces sociétés qui fusionnent, sont assurés par le droit de l'Etat membre dont chacune d'elles relèvent. Ces formalités sont exécutées par les sociétés qui fusionnent ou par la SE à dater de son immatriculation.

461. Une fois la SE immatriculée, la nullité ne peut plus être prononcée à son encontre⁵⁸⁰. Le contrôle de légalité purge la constitution de la SE par voie de fusion, de tous vices, puisque sa nullité ne peut être demandée après sa « prise d'effet ».

⁵⁷⁸ Article 29 du Règlement SE. Ainsi, parmi les différents éléments qui sont transmis à la SE, on retrouve les droits et obligations des sociétés participantes en matière de conditions d'emploi résultant de la législation, de la pratique et de contrats de travail individuels ou des relations de travail au niveau national et existant à la date de l'immatriculation sont transférés à la SE au moment de l'immatriculation du fait même de celle-ci. Le transfert du contrat de travail en France est défini par l'article L 122-12 du Code du travail.

⁵⁷⁹ En effet, les mesures de protection des créanciers sont renvoyées par le Règlement SE et son article 29 § 3 notamment, aux droit nationaux des sociétés créatrices de SE par voie de fusion. Voir supra.

⁵⁸⁰ Article 30 § 1 du Règlement SE.

462. Cette mesure obéit à un besoin de sécurité juridique. Elle est indispensable dans un contexte transfrontalier⁵⁸¹. La société ne peut être immatriculée qu'une fois toutes les formalités requises, le sont dans chaque Etat membre. L'absence de contrôle de légalité de la fusion est une cause de dissolution de la fusion⁵⁸². La nullité de la société après son immatriculation n'est alors plus possible.

463. Dans un même objectif de pérennité, la date de la prise d'effet du transfert du siège social de la SE correspond à celle de l'immatriculation de la SE au registre de son nouveau siège social

B) La simultanéité de la date de prise d'effet du transfert avec l'immatriculation de la SE au registre de son nouveau siège social

464. Les mesures de précautions sont non seulement prises dans l'Etat d'origine de la SE, mais également dans l'Etat accueillant la société après son transfert. En effet, la seule délivrance du certificat attestant de l'accomplissement des différents actes et modalités précédant l'opération ne suffit pas. La SE doit, d'une part présenter ce certificat au greffe du Tribunal où la société est immatriculée, et d'autre part apporter la preuve de l'accomplissement des formalités exigées⁵⁸³. C'est ce qui précisément conditionne la délivrance de ce certificat. Ensuite, la nouvelle immatriculation pourra être effectuée.

465. La date d'immatriculation de la SE au registre de son nouveau siège, marque la prise d'effet du transfert du siège statutaire de la société. Ainsi que la modification des statuts qui en résulte.

466. La nouvelle immatriculation du siège statutaire s'effectue auprès du registre du nouveau siège statutaire de la société⁵⁸⁴. Dans le silence du Règlement SE, les modalités de publication de cette nouvelle immatriculation, sont les mêmes que celles qui

⁵⁸¹ F. BLANQUET, « Les fusion transfrontalières et la mobilité des sociétés », *op. cit.*, p. 115 s.

⁵⁸² Selon l'article 30 § 2 du Règlement, « l'absence de contrôle de la légalité de la fusion conformément aux articles 25 et 26 peut constituer une cause de dissolution de la SE ».

Les précisions sur le régime français de la dissolution de la société européenne, se trouvent à l'article L 229-3 du Code de commerce.

⁵⁸³ Article 8 § 9 du Règlement SE.

⁵⁸⁴ En effet, selon l'article 8 § 10 du Règlement SE, la SE doit être immatriculée conformément à l'article 12 du même Règlement.

existent pour l'immatriculation d'une SA dans l'Etat du nouveau siège statutaire⁵⁸⁵. En conséquence, si la France, est l'Etat du nouveau siège statutaire de la SE, la société est immatriculée au RCS dans le ressort duquel se situe son siège⁵⁸⁶.

467. Auparavant, comme les autres formes de sociétés, la SE doit obéir aux différentes formes de publicité. La société fait l'objet d'un avis dans un journal d'annonce légale du siège sociale⁵⁸⁷, et l'acte de société doit être enregistré. Elle doit aussi effectuer un passage au centre de formalités des entreprises⁵⁸⁸. Enfin, le greffier procède à l'immatriculation⁵⁸⁹, et dans les huit jours qui suivent, il insère une annonce dans le BODACC⁵⁹⁰. En sus, selon l'article 14 du Règlement SE, un avis doit être publié au Journal officiel de l'UE.

468. L'effectivité du transfert et la modification des statuts de la SE, n'entraînent pas la radiation automatique de l'immatriculation du siège d'origine. En effet, la société n'est radiée des registres de son Etat de départ qu'à compter de la réception de la notification de la nouvelle immatriculation, effectuée par le registre de la nouvelle immatriculation⁵⁹¹.

⁵⁸⁵ L'article 8 § 13 du Règlement SE renvoie à l'article 13 du même texte, qui lui-même renvoie au droit de l'Etat du nouveau siège statutaire pour les modalités de publication de la nouvelle immatriculation de la SE.

⁵⁸⁶ En France, selon l'article R 210-1 du Code de commerce, les sociétés commerciales sont immatriculées au registre du commerce et des sociétés.

⁵⁸⁷ En outre, selon l'article R 210-3 du Code de commerce, l'avis qui doit être inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, doit contenir les indications mentionnées à l'article R 210-4 du même Code.

⁵⁸⁸ Selon l'article R 123-1 du Code de commerce, les centres de formalités des entreprises permettent aux entreprises de souscrire en un même lieu l'ensemble des formalités et procédures nécessaires à l'accès et à l'exercice de leur activité. L'article précédemment cité précise les éléments composant le dossier. En outre, selon l'article R 123-5 du Code de commerce, lorsque la déclaration comporte une demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, le déclarant a la faculté de déposer le dossier de déclaration directement auprès du greffe du tribunal compétent pour y procéder, soit sur support papier, soit par voie électronique. Il peut, lorsqu'il utilise le support papier, joindre également à sa déclaration le dossier des demandes d'autorisation. Le greffe, qui conserve la demande d'inscription, transmet sans délai le dossier au centre de formalités des entreprises compétent. Enfin, lorsque la déclaration est effectuée par voie électronique, il est fait application des dispositions particulières prévues aux articles R 123-20 à R 123-27.

⁵⁸⁹ Selon l'article R 123-97 du Code de commerce, Le greffier procède à l'inscription dans le délai franc d'un jour ouvrable après réception de la demande. Toutefois, lorsque le dossier est incomplet, il réclame dans ce délai les renseignements ou pièces manquants qui sont fournis dans un délai de quinze jours à compter de cette réclamation. Ensuite, à la réception de ces renseignements ou pièces, le greffier procède à l'immatriculation dans le délai mentionné au premier alinéa.

⁵⁹⁰ Selon l'article R 210-8 du Code de commerce, la société fait l'objet d'une publicité au BODACC conformément à l'article R 123-155 du même Code. En revanche, cet avis est élaboré selon les indications données par l'article R 123-161 du Code de commerce. Les éléments devant figurer dans cet avis, sont précisés dans l'article R 123-157 du Code de commerce.

⁵⁹¹ En outre, le Règlement SE, l'article 8 § 11 plus précisément, ne se contente pas d'indiquer que la radiation de l'ancienne immatriculation s'effectue dès réception de la notification. Elle le martèle. En effet, le Règlement précise qu'elle n'a « pas [lieu] avant ».

469. En conséquence, si la France est l'Etat d'accueil de la SE, son Etat d'origine ne pourra radiée la société de ses registres, qu'après avoir reçu la notification de la nouvelle immatriculation, élaborée par l'Etat de réception de la société. Dans ce même cas de figure, où la France est l'Etat d'accueil de la SE, le greffier dans le ressort duquel le siège a été transféré, notifie la nouvelle immatriculation, dans les quinze jours de celle-ci, à l'autorité chargée de l'immatriculation dans l'Etat où elle avait son siège⁵⁹².

470. *A contrario*, si la France est l'Etat d'origine de la SE, l'autorité chargée de l'immatriculation dans le nouvel Etat où la société a transféré son siège, notifie au greffier la nouvelle immatriculation. La radiation donne lieu à l'insertion d'un avis au BODACC⁵⁹³. En effet, les modalités de publication de la radiation de l'ancienne immatriculation sont renvoyées au droit des Etats membres⁵⁹⁴.

471. L'effectivité du transfert du siège social de la SE ne concorde pas avec la radiation de l'immatriculation de son siège de départ. Tant que cette radiation n'est pas intervenue, les tiers pourront continuer à se prévaloir du siège d'origine de la SE, ainsi que des effets qui y sont attachés. En revanche, les tiers de mauvaise foi qui connaissent l'existence du nouveau siège ne pourront pas s'en prévaloir.

⁵⁹² En outre, selon l'article R 123-74 du Code de commerce et conformément aux dispositions de l'article R 123-72 auxquelles l'article précédent renvoie, dans le délai d'un mois à compter du transfert, la société doit demander sa nouvelle immatriculation, puisque elles n'y étaient pas déjà immatriculées à titre principal ou secondaire.

2° Dans le cas contraire, la transformation de leur immatriculation avec indication en tant que de besoin des renseignements prévus selon le cas aux articles R 123-53 à R 123-61 du Code de commerce.

⁵⁹³ En outre, l'article R 123-160 du Code de commerce, précise le contenu de l'avis de radiation.

⁵⁹⁴ En effet, l'article 8 § 13 du Règlement SE, renvoie à l'article 13 du même texte, qui lui-même renvoie au droit de l'Etat du nouveau siège statutaire pour les modalités de publication de la nouvelle immatriculation de la SE.

Conclusion du chapitre II

472. Le Règlement SE donne naissance à des outils de restructuration dont le principal atout est la mobilité au sein de l'Union européenne. L'intervention des autorités publiques et un contrôle approfondi en aval et en amont de l'opération envisagée, n'ont donc rien de choquant. En effet, les intérêts en jeu lors d'une opération au caractère transnational, ne sont pas les mêmes que ceux qui interviennent lors de la constitution d'une société nationale. Elle peut engendrer des difficultés complexes notamment en raison de son caractère transnational. Dès lors, le Procureur de la République, principalement, peut s'opposer au transfert de siège social avec changement de loi applicable de la SE, et à la constitution d'une SE par voie de fusion, si la société qui désire y prendre part a pour Etat d'origine la France. Les arguments portant sur la protection des créanciers, des salariés, et des actionnaires minoritaires, peuvent être avancés par les autorités, et *a priori* mettre en péril la poursuite des opérations de constitution d'une SE par voie de fusion, ou le transfert de siège social d'une SE avec changement de loi applicable. Néanmoins, ils peuvent être aisément écartés, en raison des mesures existantes dans le Règlement SE et dans la législation française.

473. La constitution d'une SE par voie de fusion et le transfert de siège social de la SE, sont jalonnés de mesures de contrôle de régularité, dont le notaire est le principal maître d'œuvre. Elles visent à s'assurer que toutes les obligations, dont celles qui existent envers les créanciers, qui incombent aux prétendants de ces opérations, ont bien été exécutées. Afin de ne pas soulever des difficultés par la suite et qu'elles ne trouvent pas contestées. Dans ce même but, la date de prise d'effet de la fusion concorde avec celle de la date d'immatriculation de la SE. Dans le cas du transfert, la date de prise d'effet correspond à l'immatriculation de la SE au registre de son nouveau siège social.

Conclusion du titre II

474. Pour conclure, emprunterons les termes de E. Davignon et B. Roger « les règles de constitution de la société européenne sont suffisamment étendues pour en assurer une large utilisation, cette possibilité restant cependant réservée aux groupes à dimension réellement européenne. Il ne s'agit pas d'offrir une solution alternative aux formes sociales existant dans les droits nationaux pour les entreprises qui ne sont implantées que dans un seul pays »⁵⁹⁵. Cette citation retrace exactement le contexte. En effet, « c'est dans ce cadre [dimension européenne préexistante] qu'elle présente un véritable intérêt à être utilisée pour des opérations transfrontalières de concentration ou de coopération, pour préserver une certaine mobilité européenne ou, enfin, pour rationaliser la gestion des structures d'un groupe en Europe »⁵⁹⁶. Les prérequis imposés aux prétendants à la création d'une SE sont pleinement justifiés.

475. En outre, en raison de la complexité engendrée par des restructurations d'une telle envergure et du caractère transnational de l'opération, il convient d'éluder toutes difficultés ultérieures par un contrôle approfondi en aval. En effet, le certificat ou le contrôle de légalité, ne pourront être délivrés que si tous les actes et formalités sont accomplis, y compris les mesures de protection envers les créanciers, et les actionnaires minoritaires. Les salariés des sociétés promouvant la création d'une SE (hormis la création d'une SE filiale), et ceux de la SE, ne sont pas en reste⁵⁹⁷.

476. Dès lors, le respect de ces différentes mesures imposées par le Règlement SE et par le droit national sur renvoi de ce Règlement, conditionne la réalisation du transfert du siège social de la SE, mais également la création de la SE elle-même par voie de fusion ou de *holding*. En effet, la société ne pourra pas être immatriculée dans l'Etat

⁵⁹⁵ E. DAVIGNON et B. ROGER, « Vers la Société européenne », *Le Monde*, 17 février 2001, p. 15 ; C. GOYET, « Présentation du Règlement du Conseil relatif au statut de la société européenne (*societas europaea*), op. cit., p. 23.

⁵⁹⁶ F. FAGES, M. MENJUCQ et L. Vuidard, « L'introduction de la société européenne en droit français : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés », *op. cit.*, p. 30.

⁵⁹⁷ Voir *infra* pour les dispositions prises en faveur des salariés.

membre du lieu choisi pour son siège social, que si toutes les conditions ont été respectées.

477. La transparence de l'opération est également apportée par les mesures de diffusion de l'information relative à l'immatriculation de la société. Elles ont plusieurs origines. D'une part la société se voit appliquer les règles nationales de publicité de son lieu d'immatriculation⁵⁹⁸, d'autre part, elle doit faire l'objet d'un avis publié pour information au Journal officiel des communautés européennes.

⁵⁹⁸ Quelque soit le lieu désigné, l'immatriculation devra être enregistrée au registre désigné par la loi de l'Etat membre conformément à la directive 68/151/CE du 9 mars 1968 (tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers). Pour autant que les mesures préconisées par l'Etat membre choisi, soient conformes à la directive 68/151/CE du 9 mars 1968. C'est ce qu'indique l'article 13 du Règlement SE.

Conclusion de Partie I

478. Dans les arrêts *Centros*, *Uberseering* et *Inspire Art*, des restrictions à la liberté d'établissement ont été constatées. La CJUE donne une interprétation extensive à la notion de restriction d'établissement. Elle recouvre toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté⁵⁹⁹. Ainsi, le droit d'établissement s'élève contre les mesures nationales de l'Etat membre d'accueil qui s'opposent aux modalités entravant l'accueil des sociétés qui souhaitent s'y établir. La CJUE offre donc d'importantes opportunités en matière de stratégie d'implantation des sociétés.

479. Les opportunités pour les sociétés de droit national seraient d'avantages accrues, si elles pouvaient transférer leur siège social d'un Etat membre à un autre. Cependant, « il n'appartient pas au juge de participer à des discussions propres au droit national » [...] le « point de vue du droit , est celui de la justification d'une mesure limitant une liberté fondamentale à la lumière de prétendues raisons impérieuses d'intérêt général »⁶⁰⁰. Alors même que, selon la CJUE, la liberté d'établissement n'est pas conditionnée au vote de directives d'harmonisation.

480. Ainsi, si les fusions transfrontalières entrent clairement dans le champ des articles 43 et 48 du Traité CE, en tant que moyen d'exercice de la liberté d'établissement, les opérations de transfert de siège social y parviennent de manière plus nuancées. Cela varie selon que l'Etat accueille ou pas cette opération.

481. Si de nombreux efforts ont été fournis en matière d'établissement secondaire, la liberté d'établissement étant devenue une réalité incontestable du marché intérieur⁶⁰¹, de nombreux retards ont été accumulés relativement au droit d'établissement principal.

⁵⁹⁹ G. JAZOTTES, « Le transfert de siège : *statuto quo* ou revirement ? », *op. cit.*, p. 828 s.

⁶⁰⁰ Conclusions de l'avocat général Damazo Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 4 décembre 2001, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, JCP, éd. G 2003, II, 10032, point 42.

⁶⁰¹ V. MAGNIER, « Mobilité des sociétés et liberté d'établissement : le point de vue », *op. cit.*, p. 28

Pourtant, une véritable circulation intra-européenne des sociétés ne peut avoir lieu que si une société peut déplacer son siège social dans l'Union. En effet, l'existence et la mise en œuvre d'un véritable marché intérieur supposent, notamment, que les sociétés puissent transférer leur siège social d'un Etat membre à un autre⁶⁰². Or, d'une part les droits nationaux permettent difficilement aux sociétés de transférer leur siège social. Et d'autre part, la CJUE a refusé d'appliquer par analogie les dispositions issues des règlements européens mettant en place les structures européennes, aux sociétés de pur droit national⁶⁰³.

482. Les objections émanant de la CJUE et les espoirs déçus par la même occasion, ont relancé l'intérêt du Règlement SE. Ce dernier est le seul à offrir à une société, sous réserve qu'il s'agisse d'une SE, la possibilité de transférer son siège social au sein de l'Union européenne. En outre, la jurisprudence de la CJUE a relancé l'intérêt de l'arrivée de la 14^e Directive pour les sociétés de pur droit national. Pour la CJUE, la mobilité du siège social d'une société dépend de l'avancée du droit de l'Union européenne et législatif. A l'inverse, l'absence de conventions relatives à la reconnaissance mutuelle des sociétés, entre Etats membres, a été paliée par la CJUE⁶⁰⁴.

483. En ce qui concerne la fusion transfrontalière, elle n'est plus uniquement réservée à la SE. La directive sur les fusions transfrontalières a permis à toutes les sociétés de capitaux d'y accéder. Elle a été construite sur le modèle du Règlement SE qui a été un précurseur en la matière. La procédure de fusion est calquée sur celle de la constitution d'une SE par voie de fusion.

484. Afin de répondre aux objectifs qui lui sont assignés, plusieurs modes de concentration, de coopération, et de mobilité des entreprises au sein de l'Union européenne, sont prévus par le Règlement SE. Ils répondent aux objectifs d'un meilleur fonctionnement du marché intérieur. Pour y parvenir, il existe quatre moyens de constitution d'une SE et cette dernière peut transférer son siège social dans un autre Etat

⁶⁰² V. MAGNIER, *ibid*, p. 28

⁶⁰³ L. IDOT, « Transfert du siège social sans changement de loi applicable », *op. cit.*

CJCE, gr. Ch., 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, points 115, 116 et 117.

⁶⁰⁴ L'article 220 du traité de Rome prévoit que le « maintien de la personnalité juridique (des sociétés) en cas de transfert de siège de pays en pays » serait réalisé par voie de conventions entre Etats membres. Pourtant aucune convention n'a été conclue. Cependant, cette absence a été comblée par la jurisprudence de la CJUE. Voir *supra*.

membre que celui de son lieu d'immatriculation. Le Règlement a rendu cela possible en rassemblant des règles matérielles et de renvois vers le droit national.

485. De nombreuses limites sont mises en place, soit par le Règlement SE directement, soit par le droit national sur renvoi opéré par ce Règlement. Des mesures de protection existent. En revanche, cela ne signifie pas qu'elles puissent faire échouer l'opération de restructuration à l'aube de l'immatriculation. Seulement, ces mesures permettent de préserver les différents intérêts susceptibles d'être mises en périls par l'opération, tout en causant le moins de contraintes possibles pour les personnes promouvant l'opération. Ce niveau de contraintes peut dépendre des mesures mises en place par l'Etat membre, puisque le Règlement SE renvoie ici souvent au droit national.

486. Ainsi, l'immatriculation de la SE est subordonnée à l'approbation des modalités décidées pour déterminer l'implication des salariés conformément aux dispositions de la directive 2001/86/CE. Pour autant, elles laissent une large place à la négociation, et son issue peut être l'échec. Le tout étant de ne pas passer outre au droit des salariés et de ne pas ignorer les différentes institutions représentatives du personnel.

487. Des mesures de protection des créanciers sont aussi envisagées, même si son étendu est laissée à l'initiative des Etats membres. Tandis que la protection des actionnaires minoritaires n'est que facultative.

488. Pour autant, elles ne peuvent pas faire échouer l'opération envisagée⁶⁰⁵. Néanmoins, leur respect conditionne la réalisation du transfert du siège social de la SE, mais également la création de la SE elle-même par voie de fusion ou de *holding*. En effet, le certificat ou le contrôle de légalité, ne pourra être délivré que si tous les actes et formalités sont accomplis. Ceci, inclut, les mesures de protection envers les créanciers, les actionnaires minoritaires, et les salariés des sociétés participant à la création d'une SE (hormis la création d'une SE filiale)⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ En revanche elle ne peut pas être un moyen de frauder les droits des créanciers. Ainsi une opération de transfert ne peut avoir lieu si une procédure de dissolution, de liquidation, d'insolvabilité, de suspension de paiements ou d'autres procédures analogues ne peut transférer son siège statutaire, est entamée à l'encontre de la SE.

⁶⁰⁶ Voir infra pour les dispositions prises en faveur des salariés.

Partie II : La conciliation entre un rattachement européen de la SE et un fonctionnement renvoyé au droit national

489. Si l'objectif premier du Règlement SE est resté, les moyens pour y parvenir, ont quant à eux évolué. Son but est toujours celui d'offrir aux entreprises rattachées aux Etats membres, un instrument de concentration, de coopération et de mobilité. Afin d'y parvenir, la SE, à laquelle donne naissance le Règlement SE, est passée d'un rattachement direct et exclusif à un « ordre juridique », à une « société hybride »⁶⁰⁷. Ce changement de cap abordé par le Règlement SE, est dû aux avancées du droit de l'Union portant sur le rapprochement du droit national des sociétés. Ainsi, dans des domaines où le fonctionnement d'une SE n'exige pas de règles européennes uniformes, il peut être renvoyé à la législation régissant les SA de l'Etat membre du siège statutaire de la SE.

490. Les rattachements et les renvois du Règlement SE vers le droit national (**titre I**) peuvent paraître complexes mais ils permettent d'enjamber les difficultés qu'auraient pu engendrer l'harmonisation des législations nationales. Ils donnent également la possibilité d'exercer de nombreuses options de transposition dans les domaines non traités par le Règlement SE ou qui ne le sont que partiellement. En outre, ils permettent, par la même occasion, aux Etats membres de choisir dans une certaine liberté, les variantes qu'ils veulent donner au régime juridique de la SE, en aménageant un régime plus avantageux que celui de la SA⁶⁰⁸.

491. Un règlement est par nature d'application directe dans le droit interne de chacun des Etats membres. Mais, le Règlement SE requiert leurs coopérations. Il

⁶⁰⁷ H. SYNDET, « Enfin la société européenne ? », *op. cit.*, p. 253

⁶⁰⁸ Et par la même, ils constituent une étape supplémentaire de la mise en concurrence des droits nationaux puisqu'à partir d'un socle de dispositions, la SE peut choisir librement parmi les variantes nationales au moment du choix du lieu de son siège, Ph. MARINI, « L'attractivité de la société européenne à la française », *op. cit.*, p. 34. Mais également de donner une interprétation plus souple pour la pratique de la SE, en plus d'aménager un régime plus avantageux que celui de la SA, J.-Ph. DOM, « La société européenne – Aspects de droit des sociétés », *op. cit.*, p. 77 s.

nécessite une « quasi-transposition »⁶⁰⁹, la bonne volonté des Etats membres est donc de mise. La SE constitue un levier de modernisation des droits nationaux⁶¹⁰. De nombreux aménagements spécifiques ont été adoptés. Le régime de la SE, dans son fonctionnement notamment, reste néanmoins calé sur le droit commun des SA. En revanche, les aménagements retenus en matière de relation entre actionnaires dans les SE non cotées permettent de rapprocher cette forme de société à la SAS. Ces dispositions contribuent à renforcer l'attractivité du droit français pour les entreprises. La France, au même titre que les autres Etats membres, a pris des mesures en faveur de la SE immatriculée sur son territoire (**titre II**).

⁶⁰⁹ J.-Ph. DOM, *ibid*, p. 77 s.

⁶¹⁰ Le « forum shopping » ne doit pas être conçu exclusivement comme une menace mais comme une incitation à davantage de souplesse, de réactivité et de convergence de nos droits nationaux, Ph. MARINI, « L'attractivité de la société européenne à la française », *op. cit.*, p. 34 s.

Titre I : Les rattachements et renvois du Règlement SE

492. Le Règlement SE et les différentes propositions qui l'ont précédé, se sont, tour à tour, adaptés à leurs temps. En effet, les autorités européennes de l'Union européenne n'imposent plus de modèle sociétaire complet, il devient plus flexible⁶¹¹. Le texte du Règlement SE devient plus pragmatique et procède à des renvois aux droits nationaux des Etats membres. Il tire profit des différents acquis issus des harmonisations des droits nationaux et il prend acte des « divergences insurmontables »⁶¹².

493. Ainsi, le Règlement SE est un ensemble de règles matérielles et de conflit. Une règle de conflit a pour rôle de désigner la norme substantielle étatique⁶¹³. Tous les aspects de la SE ne sont pas couverts par le texte, ou ne le sont que partiellement. Il désigne donc la norme, qui est la loi applicable dans le lieu d'immatriculation de la société. Le Règlement SE s'est doté d'une grille de lecture dans l'article 9 pour faciliter l'appréhension du rattachement juridique de la SE aux dispositions édictées par ce texte et à celles des législations nationales (**chapitre I**). Ces renvois opérés par le Règlement vers les législations nationales, conduisent à définir le rattachement étatique de la SE (**chapitre II**).

⁶¹¹ « Il est loin le temps où les autorités s'imaginaient devoir (et pouvoir) imposer pour la SE un modèle sociétaire complet jugé mieux approprié à la gestion moderne d'une entreprise de dimension européenne », cf. J. BEGUIN, « Quel avenir pour la société européenne ? », *op. cit.*, p. 307 s.

⁶¹² J. BOUCOURECHLIEV, « Les voies de l'Europe des sociétés », *JCP éd. E*, 1996, n° 22, p. 560 s.

⁶¹³ Les règles de conflit de lois ont la particularité de ne pas être des normes substantielles (ou matérielles). En effet, elles n'ont pas trait directement à la substance, à la matière de la relation privée en cause. Elles ne résolvent pas elles-mêmes le problème de droit privé posé. Elles se limitent à désigner la norme substantielle étatique.

Les conflits de lois dont l'étude fait le principal objet du droit international privé, détermine la loi applicable et l'autorité compétente en cas de litige ; E. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *Journal du droit international*, n° 1, janvier 2007, doctr. 2. ; J. MAURY, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, 1936, III, t. 57, .325, spéc. n° 3 ; P. LEPAULLE, « Nature et méthode du droit international privé », *Journal du droit international*, 1936, p. 284, spéc. p. 311.

Chapitre I : Le rattachement de la SE à un ordre juridique européen

494. A l'origine, la Commission européenne avait pour ambition de mettre en œuvre un modèle de société identique pour l'ensemble des opérateurs européens quel que soient leurs Etats d'appartenance ; et de la doter d'une mobilité sans entraves dans toute l'Union européenne. Dans ce but, elle voulait tout naturellement lui donner un régime juridique de droit européen, en la faisant suivre à un droit « unique » et en lui attribuant un rattachement législatif « unique ». Cela pour faire d'elle, une personne morale européenne indépendante de tout Etat membre⁶¹⁴.

495. L'objectif de mettre en place un instrument permettant aux entreprises de réorganiser leurs moyens d'action, sans cloisonnement du marché et sans obstacles à l'intégration économique, est conservé⁶¹⁵. En revanche les moyens employés ont considérablement évolué. Un long cheminement a été parcouru avant que le statut de SE passe du stade de « l'essence » à celui de « l'existence »⁶¹⁶.

496. Si on compare les premières propositions de Règlement à celui qui a été adopté en 2001, on peut d'emblée affirmer que le corps du texte a été considérablement réduit. En effet, il se concentre sur les aspects transnationaux, laissant aux droits nationaux une marge de manœuvre pour les autres aspects⁶¹⁷. Afin de lever le grief de rigidité conféré au texte, depuis 1996 il est réduit à des objectifs essentiels. Pour autant, il confère à toutes les SE une identité commune, il définit les modes de constitution de la SE et met en place un simple « schéma » structurel de base⁶¹⁸. Quant au volet social, il fait l'objet d'une directive. Le rattachement de la participation des travailleurs est alors « entièrement » et « uniquement » étatique⁶¹⁹.

497. Pour les sujets qui auraient pu soulever des divergences entre les différents Etats membres, le Règlement devient supplétif. La « tactique » est changée. Il n'impose

⁶¹⁴ J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31.

⁶¹⁵ J.-P. STORCK, « Présentation de la société européenne : aspects de droit commercial », *Petites affiches*, avril 2002, n° 76, p. 3 ; J. BOUCOURECHLIEV, « Les voies de l'Europe des sociétés », *op. cit.*, p. 560

⁶¹⁶ J.-P. STORCK, « Présentation de la société européenne : aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 3.

⁶¹⁷ F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *op. cit.*, p. 115.

⁶¹⁸ J. BEGUIN, « Quel avenir pour la société européenne ? », *op. cit.*, p. 307.

⁶¹⁹ J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31.

plus, « il propose »⁶²⁰. Dès lors, le rattachement juridique de la société est devenu plural. La SE est rattachée à son Règlement, auquel s'ajoute un rattachement subsidiaire mais « répété », à la loi du lieu l'Etat du siège social⁶²¹. Cette pluralité de rattachement trouve sa cohérence dans l'article 9 du Règlement SE. Il est le « siège de l'articulation »⁶²² des règles européennes et nationales⁶²³ (**section 1**). Le processus de création d'une SE illustre l'articulation des dispositions européennes et nationales (**section 2**).

Section 1 : L'articulation des dispositions européennes et nationales

498. Une proposition emprunt d'un important corps de règles matérielles est rigide par essence. En revanche, un texte combinant en son sein des règles matérielles et de conflit (pluralisme de méthode), se veut plus souple. L'observation des différentes propositions qui se sont succédées, permettent d'établir ce constat. Les premières propositions de Règlement SE se sont révélées rigides. Aussi, le recours exclusif à des règles matérielles, fait place à cette combinaison de règles matérielles et de conflit. Cela conditionne le rattachement de la SE au Règlement dont elle est issue (§ 2). Le rattachement juridique de la SE a évolué à travers les différents projets de Règlement (§ 1). Dès lors, cette combinaison de règles oblige à trouver un mode de répartition, et elle trouve sa source dans l'article 9 du Règlement.

⁶²⁰ J. BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 75 s. ; J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31 s.

⁶²¹ M. LUBY, « La Societas Europaea (SE) : beaucoup de bruit pour rien (ou si peu ...) ! », *Droit des soc.*, février 2002, p. 4 s.

⁶²² M. MENJUCQ, « Le droit applicable à la SE : articulation des textes communautaires et des règles françaises », in *Société européenne, Journal des sociétés*, n° 28, janvier 2006, p. 27 s.

⁶²³ L'article 9 du Règlement dispose que « 1. La SE est régie:

a) par les dispositions du présent règlement;

b) lorsque le présent règlement l'autorise expressément, par les dispositions des statuts de la SE,

ou

c) pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement par:

i) les dispositions de loi adoptées par les États membres en application de mesures s visant spécifiquement les SE;

ii) les dispositions de loi des États membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire;

iii) les dispositions des statuts de la SE, dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

2. Les dispositions de loi adoptées par les États membres spécifiquement pour la SE doivent être conformes aux directives applicables aux sociétés anonymes figurant à l'annexe I.

3. Si la nature des activités exercées par une SE est régie par des dispositions spécifiques de la législation nationale, celles-ci s'appliquent intégralement à la SE. »

§ 1 : L'évolution du rattachement de la SE à un ordre juridique à travers les différents projets de Règlement

499. Il existe un tournant déterminant dans l'avènement du Règlement SE, celui de l'ablation de nombreux sujets dont celui du volet social. En effet, les prétentions du texte sont revues à la baisse et il renonce, par la même occasion, à se suffire à lui-même. Le Règlement SE a longtemps été ambitieux (A), puis il est devenu réaliste (B) pour pouvoir être adopté, après sa longue gestation.

A) Un projet de Règlement originellement ambitieux

500. Le rattachement juridique de la SE est issu de l'évolution des combinaisons des règles formelles et substantielles qui se sont succédés depuis les premières propositions de Règlement SE⁶²⁴.

501. A l'origine, le Règlement envisageait la SE comme une société de droit, appelée à flotter au dessus du droit des Etats membres⁶²⁵. Au point qu'elle se fondait essentiellement sur des règles matérielles, et les renvois étaient rares. Le Règlement ne faisait pas référence aux droits nationaux, afin de garantir « l'unicité du régime »⁶²⁶. Cependant, les mesures fiscales et pénales, qui restent des prérogatives régaliennes, faisaient l'objet de renvoi vers les droits nationaux⁶²⁷. Hormis cela, le rattachement des sociétés aux Etats membres faisait obstacle aux opérations de concentrations transfrontalières, car les sociétés qui en étaient issues prenaient de ce fait « une coloration nationale »⁶²⁸. Or, une telle coloration était peu appréciée des sociétés participant à l'opération. Par ailleurs, le rattachement étatique paraissait comme un obstacle à

⁶²⁴ M. MENJUCQ, « La société européenne », *op. cit.*, p. 225 ; M. MENJUCQ, « Le droit applicable à la SE : articulation des textes communautaires et des règles françaises », *op. cit.*, p. 27 ; M. MENJUCQ, « Un modèle de mobilité : la société européenne », *op. cit.*, p. 35.

⁶²⁵ J.-P. BERTREL, « La société européenne entre son passé et son avenir », *op. cit.*, p. 50..

⁶²⁶ Projet de 70, article 7-1.

⁶²⁷ En effet, selon le 2° de l'article 7 du projet de règlement SE de 1970, les matières qui ne sont pas régies par le règlement sont soumises au droit national applicable à l'espèce. En revanche, les rédacteurs de la proposition n'envisageaient nullement les lacunes qui pourraient se faire jour dans le statut dans le cadre du droit des sociétés ; Y. LOUSSOUARN, « Nationalité de sociétés et communauté économique européenne », *RJ com.*, 1990, p. 145. C'est ce qu'il résulte de la lecture de l'article 7 § 1 *in fine* du projet de règlement SE de 1970.

⁶²⁸ M. MENJUCQ, « Le droit applicable à la SE : articulation des textes communautaires et des règles françaises », *op. cit.*, p. 27.

l'acquisition de la taille européenne⁶²⁹. Les sociétés devaient donc être libérées de tout lien avec les législations nationales.

502. Puis au grès des modifications des diverses propositions de Règlement qui ont suivi, les renvois aux législations nationales sont devenus de plus en plus nombreux. En effet, les premières propositions avaient pour ambition de créer un modèle de société de droit avec un statut des groupes de sociétés et des règles sur la participation des salariés. Le premier projet de Règlement qui date de 1970, était par conséquent très complet, afin de suffire à lui-même. Il ne comptait pas moins de 284 articles. En cas de lacunes (et dans le silence des statuts), il convenait de se référer aux principes généraux du droit européen et, à défaut, aux principes généraux communs aux droits des Etats membres⁶³⁰. Les questions laissées sans réponse étaient confiées à l'actuel CJUE, ou à une juridiction nouvelle créée à cette fin⁶³¹. Pour autant, le texte proposé était complet, puisqu'il prévoyait aussi bien les règles de constitution de la SE que celles de son fonctionnement. Ceci, en passant par les modalités de transmission des titres, la participation des travailleurs, mais également la faillite, son inscription à un registre européen⁶³².

503. Ainsi, la SE était à l'origine une société de droit, rattachée à aucun des Etats membres, puisque elle était exclusivement et directement rattachée à un ordre juridique européen. Dès lors aucune des lacunes présentes dans le corps de texte, ne pouvaient être résolues par une loi nationale. La société est entièrement régie par le Règlement proposé, à défaut par les principes généraux dont le statut s'inspire, et à défaut par les règles ou

⁶²⁹ M. MENJUCQ, *ibid*, p. 27.

⁶³⁰ Projet de 70, article 7 § 1. Ce qui revenait à confier au juge le soin de faire émerger « les principes communs d'un droit commercial européen », N. LENOIR, « Pourquoi choisir le statut de la société européenne », *op. cit.*, p. 74.

⁶³¹ J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31; Y. LOUSSOUARN, « Nationalité de sociétés et communauté économique européenne », *op. cit.*, p. 145.

⁶³² A propos de la proposition du 24 juin 1970 présentée au Conseil le 30 juin 1970 par la Commission des Communautés européennes, Y. LOUSSOUARN, « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *op. cit.*, p. 383 ; Th. CATHALA et K. GLEICHMANN, « Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés européennes », *Rev. soc.*, 1972, p. 7; « Texte de la proposition d'un Règlement du Conseil portant statut des sociétés anonymes européennes », *Rev. soc.*, 1972, p.

principes généraux communs aux droits des Etats membres⁶³³. Un tel mécanisme n'est pas inconnu, il a déjà été adopté⁶³⁴.

504. Néanmoins, Le rattachement exclusif de la SE au Règlement SE, constituait une source d'insécurité et d'imprévisibilité⁶³⁵. En raison de l'absence de rattachement subsidiaire aux droits nationaux, les lacunes susceptibles d'exister dans le texte, ne pouvaient être comblées qu'au fur et à mesure par une juridiction compétente lorsque cette dernière était saisie. En conséquence, la résolution de ces problèmes se posait avec « une acuité beaucoup plus grande »⁶³⁶.

505. Ce projet était plus qu'ambitieux. Il était complexe à mettre en œuvre. En outre, il s'était heurté à une réaction négative de la part des Etats membres, sans doute parce que le modèle choisi était celui du droit allemand des sociétés⁶³⁷. En effet, les premiers projets de 1970 et 1975 prévoyaient d'appliquer un système de gestion dualiste (connu en droit allemand depuis 1937), avec une représentation des salariés au sein du conseil de surveillance (connu en Allemagne sous le nom de *Mitbestimmung*) et un droit des groupes « à l'allemande »⁶³⁸. Si ce projet s'inspirait du droit allemand cela s'expliquait par le fait qu'il était le seul des six Etats membres de la CEE, à être pourvu d'un droit des groupes complet⁶³⁹. L'intégration de ce droit des groupes dans le projet de Règlement SE, s'explique en raisons des liens qui existent entre le statut de la SE et le droit des groupes⁶⁴⁰. Cependant, plusieurs des Etats membres n'étaient pas prêts à

⁶³³ Ainsi, « toutes les matières régies par les statuts de la société européenne devraient faire l'objet d'une interprétation *sui generis* », S. MOUSOULAS, « La société européenne : Société de type ou société nationale ? », *Petites affiches*, n° 18, 1992, p. 16 ; K. GLEICHMANN, « Société européenne et marché commun : nouvelle étude sur la proposition du règlement instituant une société anonyme européen », n° 151, *Petites affiches*, 1986, p. 30.

⁶³⁴ Y. LOUSSOUARN donne des exemples. Les statuts de la société Air Afrique issue du Traité de Yaoundé du 28 mars 1961, renvoient à titre subsidiaire aux principes communs à la législation des Etats signataires du Traité. Les statuts de l'Union Charbonnière Sarro-Lorraine, née du Traité franco allemand du 27 octobre 1956, est soumise au Traité, à ses statuts et aux principes communs du droit français et du droit allemand. Cf. Y. LOUSSOUARN, « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *op. cit.*, p. 383.

⁶³⁵ Y. LOUSSOUARN, « Nationalité de sociétés et communauté économique européenne », *op. cit.*, p. 145.

⁶³⁶ Y. LOUSSOUARN, *ibid.*, p. 145.

⁶³⁷ « Avec le recul, on mesure à quel point cette confiance des juristes allemand dans leur système, confinant à l'égocentrisme juridique, ne pouvait que susciter un blocage [...] », cf. J.-P. BERTREL, « La société européenne-Aspects du droit des sociétés », *op. cit.*, p.50.

⁶³⁸ J.-P. BERTREL, *ibid.*, p. 50 ; R. SINAY, « Le droit des groupes dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes », *op. cit.*, p. 118.

⁶³⁹ R. SINAY, *ibid.*

⁶⁴⁰ Mémoire de la Commission de la CEE « sur la création d'une société commerciale européenne » du 22 avril 1966, *RTDE*, 1966, p. 406.

imposer des contraintes entravant la gestion des groupes de sociétés, ou encore d'introduire des représentants des salariés au sein de leurs organes sociaux⁶⁴¹.

506. Les caractères du projet de Règlement SE, rigide par essence, expliquent son échec et l'arrêt de ses travaux en 1982. Le projet a été relancé dans le cadre du Livre sur l'achèvement du marché intérieur en 1985-1985⁶⁴². Les projets suivants se sont allégés et assouplis. En effet, les susceptibilités des différents Etats membres et leurs traditions juridiques ont été pris en compte. De plus, un important avancement dans les travaux d'harmonisation des différents droits nationaux des sociétés, a été entrepris. Les projets de Règlement SE sont devenus réalistes et il devient « hybride »⁶⁴³.

B) Vers un projet de Règlement réaliste

507. A partir de 1989, les propositions de Règlement SE sont devenues plus « réalistes ». La Commission commence à concevoir une société reposant sur des règles matérielles européennes et des renvois aux dispositions nationales⁶⁴⁴. Par ailleurs, le volet social est retiré du Règlement SE, il est élaboré dans une directive.

508. Dès lors, la Commission manifeste une volonté politique d'aboutir⁶⁴⁵. Elle laisse aux Etats membres du lest. Cela se traduit dans la transposition de la directive relative à la participation des travailleurs et l'adaptation du Règlement SE dans leurs propres législations⁶⁴⁶. Les autorités européennes rendent le projet plus souple, il répond aux souhaits des milieux économiques⁶⁴⁷.

509. Les différentes propositions de Règlement SE successives, refondent, tour à tour, le statut de la SE dans la perspective du marché intérieur et dans un souci de

⁶⁴¹ H. SYNDET, « Enfin la société européenne ? », *op. cit.*, p. 253

⁶⁴² H. SYNDET, *ibid.*, p. 253

⁶⁴³ H. SYNDET, *ibid.*, p. 253

⁶⁴⁴ A propos de la proposition de Règlement du 29 août 1989, cf. C. GAVALDA, « La société anonyme européenne, selon le projet de règlement du 28 août 1989 », *op. cit.*, p. 23 ; H. SYNDET, « Enfin la société européenne ? », *op. cit.*, p. 253 ; M. MENJUCQ, « Le droit applicable à la SE : articulation des textes communautaires et des règles françaises », *op. cit.*, p. 27.

⁶⁴⁵ M. LUBY, « La Societas Europaea (SE) : beaucoup de bruit pour rien (ou si peu ...) ! », *op. cit.*, p. 4.

⁶⁴⁶ En effet, grâce aux différentes directives adoptées, le statut de la SE peut s'appuyer sur « un tissu de droits nationaux suffisamment harmonisé pour permettre l'introduction de règles uniformes et simplifiées » (Mémorandum de 1988), J.-P. BOUERE, « Réflexions sur le projet de Société européenne et les fusions intras (1^{re} partie) », *op. cit.*, p. 4.

⁶⁴⁷ J. BEGUIN, « Quel avenir pour la société européenne ? », *op. cit.*, p. 307 ; J.-P. VALUET, « La SE : seul un instrument très souple pourrait être utile », *Droit et patrimoine*, 1997, p. 55.

simplification et d'allégement⁶⁴⁸. Les modifications, apportées dans ces projets, tiennent compte des préoccupations exprimées par le Parlement et le Comité économique et social⁶⁴⁹.

510. L'idée d'instituer un droit et matériel des groupes, dans les statuts de la SE, telle qu'elle existait dans les propositions de Règlement SE de 1970 et 1975, a disparu⁶⁵⁰. En sus, au fur et à mesure, ces propositions se sont allégées des dispositions correspondant, notamment, à celle de la 1^{re}, 2^e, 4^e, 7^e et 8^e directive européenne⁶⁵¹. L'harmonisation européenne, facilite les renvois vers le droit national. D'autant que ces renvois permettent souvent de régler les divergences « insurmontables », qui peuvent exister entre les Etats membres.

511. Une directive impose des objectifs à atteindre tout en laissant aux Etats membres une certaine latitude pour les atteindre avec les moyens les plus appropriés aux circonstances nationales, à leurs traditions et selon la technique législative qui leurs sont propres. Toutefois, la souplesse de cet instrument a fait place à des dérives. Ce processus d'harmonisation s'est souvent heurté au fait que les droits nationaux de transposition se sont montrés plus rigoureux et plus contraignants que ne l'imposaient les directives⁶⁵². De sorte que cet instrument peut apparaître comme un « obstacle » à la simplification du droit des sociétés⁶⁵³. Il est pourtant nécessaire pour aboutir à une harmonisation des droits des

⁶⁴⁸ Suite aux différents avis émis par le Comité économique et social (JOCE, n° C 124, 21 mai 1990, p. 34), et du Parlement européen (JOCE n° C 48, 21 décembre 1991, p. 72), le projet de Règlement datant du 29 août 1989 est modifié (JOCE n° C 263, 16 octobre 1989, p. 41 et Com (89) 268 final, Syn 218 et Suppl. Bull CE 5/89).

De même, la refonte de la proposition du 16 mai 1991, permet de tenir compte des préoccupations exprimées par le Parlement et le Comité économique et sociale ; JOCE, C. 263 du 16 octobre 1988 ; Mémoire adopté par la Comm le 8 juin 1988 « Marché intérieur et coopération industrielle Com. [88] 320 final, Bull. CE 3-88, Suppl. ; Agence Europe n°5415 du 23 janvier 1991, p. 11 et n° 5417 du 25 janvier 1991, p. 11.

De même, les autorités s'procèdent en 1996 à une nouvelle rédaction du projet de Règlement, en tenant compte de l'acquis des travaux antérieurs, et en le rendant aussi souple que possible, J. BEGUIN, « Quel avenir pour la société européenne ? », *op. cit.*, p. 307.

⁶⁴⁹ C. BOLZE, « Proposition modifiée du règl CEE du Cons portant statut de la sté européenne, présentée par la Comm le 16 mai 1991, JOCE, C. 176 du 8 juillet 1991 p. 1 (Document Com. [90] 174 final SYN 218) », *RTD com.*, 1991, p. 734 ; B. DUTOIR, « Societas Europea, Analyse de la dernière proposition modifiée de la Commission Européenne concernant le projet de Société Européenne (SE) », *Petites affiches*, 1991, n° 148, p. 24 ; F.-D. Poitrinal, « Heurs et malheurs de la société européenne », *op. cit.*, p. 181.

⁶⁵⁰ En effet, dans la proposition de Règlement de 1989 (article 114 de la proposition), seul un article traite du groupe de sociétés et il renvoie au droit du siège des sociétés. Ensuite, cet article disparaît des différents projets de Règlement.

J. BOUCOURECHLIEV, « Les voies de l'Europe des sociétés », *op. cit.*, p. 560.

⁶⁵¹ J. BOUCOURECHLIEV, *ibid*, p. 225, ou p. 560 ??

⁶⁵² Les textes peuvent être assortis d'options, « spécificités et complexités demandées par les Etats membres au cours des longues discussions dans les groupes du Conseil » ; F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *op. cit.*, p. 115.

⁶⁵³ F. BLANQUET, *ibid*, p. 115 s.

sociétés notamment. L'adoption d'une directive, permet de débloquent les négociations entre les Etats membres

512. La SE n'est plus seulement rattachée au Règlement. Elle ne repose plus uniquement sur des règles matérielles. Le Règlement SE combine des règles matérielles et de conflit de lois. De société de droit européen, elle est devenue une société « de type » européen⁶⁵⁴, en raison de son rattachement à titre subsidiaire, à la législation d'un Etat membre⁶⁵⁵. Par conséquent, le statut de la SE ne tire plus uniquement sa force obligatoire d'un règlement, qui par nature est directement applicable dans les Etats membre. Sous réserve des dispositions du texte du Règlement SE, les dispositions nationales applicables aux SA, sont aussi applicables aux SE⁶⁵⁶. Il existe donc des différences entre les SE, selon leurs lieux de rattachement.

513. En somme, le Règlement SE fournit le « thème », et les Etats membres y ajoutent leurs « variations »⁶⁵⁷. Bien qu'une série de directives publiées a permis de rapprocher les droits des sociétés des Etats membres⁶⁵⁸, ils ne sont pas uniformes. Le champ des directives ne couvre pas encore la « totalité » du droit des sociétés⁶⁵⁹. Néanmoins, ces renvois permettent d'échapper aux heurts engendrés par le processus d'harmonisation des législations nationales.

514. Afin d'articuler les différentes dispositions qui existent dans le Règlement SE, ce dernier comme les différentes propositions qui l'ont précédées, établit une hiérarchie des normes destinées à répartir les règles applicables à la SE.

⁶⁵⁴ L'expression est emprunté à M. HOUIN, cf. M. HOUIN, « Les sociétés de type européen », *Trav. comité français de DIP*, 1962-1964, p. 19. Voir également Y. LOUSSOUARN, « Nationalité de sociétés et communauté économique européenne », *op. cit.*, p. 145.

⁶⁵⁵ Y. LOUSSOUARN, « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *op. cit.*, p. 25, ?? p. 383 ; M. MENJUCQ, « La société européenne », *op. cit.*, p. 225 ; expression de Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n°437, p. 529 et de B. GOLDMAN, Communication sur la nationalité des sociétés dans la CEE, *Trav. comité français de DIP*, 1966-1969, p. 234, cité par M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997, n° 23.

⁶⁵⁶ Voir infra.

⁶⁵⁷ H. SYNDET, « Enfin la société européenne ? », *op. cit.*, p. 253

⁶⁵⁸ J.-P. STORCK, « Présentation de la société européenne : aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 3.

⁶⁵⁹ J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31.

§ 2 : Le rattachement de la SE au Règlement adopté en 2001

515. Le Règlement SE ne suffit pas à régir tous les aspects de la SE. Ceux qui ne font pas l'objet d'une disposition dans ce Règlement, sont renvoyés au droit national. La répartition des dispositions européennes et nationales, trouve son siège dans l'article 9 du Règlement SE. Il est l'élément clé dans la compréhension de ce Règlement, car il permet d'établir la grille de lecture du dit Règlement (A). Ce dernier désigne la règle de conflit. Elle renvoie à la norme substantielle applicable, chaque fois qu'elle fait défaut, et facilite l'exercice du renvoi vers le droit national (B).

A) La clé de répartition des dispositions européennes et nationales élaborée par le Règlement

516. En principe un règlement est d'application directe dans le droit interne de chacun des Etats membres. Le Règlement SE ne suffit pas, il exerce des renvois vers le droit des Etats membres. Une « quasi transposition » est donc nécessaire⁶⁶⁰.

517. Ainsi, le rattachement juridique de la SE est plural puisqu'elle ne se rattache pas uniquement à son Règlement. Ce dernier est composé de soixante-dix articles, dont soixante cinq renvois au droit national et trente deux options laissées à la discrétion des Etats membres.

518. Cette pluralité dans le rattachement peut sembler complexe mais elle se coordonne dans l'article 9 du Règlement⁶⁶¹. Cet article offre une grille de lecture cohérente des lois applicables à la société⁶⁶², en y établissant, notamment, une sorte de hiérarchie entre les différentes normes applicables⁶⁶³. Cela évite l'existence de conflit entre les différentes règles applicables à la SE⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ J-Ph. DOM, « La société européenne –Aspect de droit des sociétés », *op. cit.*, p. 77.

En effet, « la société européenne serait une société, assimilée à une société anonyme de l'Etat de son siège », S. MOUSOULAS, « La société européenne : Société de type ou société nationale ? », *op. cit.*, p. 16.

⁶⁶¹ Dans le projet de Règlement de 1991, le renvoi à titre subsidiaire aux « principes généraux » dont le Règlement s'inspire, interprétés par la Cour de justice, est abandonné. Ensuite dans le projet de Règlement de 1993, une hiérarchie complète des règles subsidiaires est donnée.

J. BOUCOURECHLIEV, « Les voies de l'Europe des sociétés », *op. cit.*, p. 560 s.

⁶⁶² L'article 9 est même qualifié d'épine dorsale, G. BLANC, « La société européenne : la pluralité des rattachements en question », *Chron., Doctr., D.*, 2002, n° 12, p. 1052.

⁶⁶³ Il établit une hiérarchie des normes applicables à la SE. Le droit de l'Etat du siège applicable à la SE comporte lui-même une hiérarchie interne.

519. Cet article conduit à appliquer le principe de subsidiarité « au sens inverse » de celui conféré par le droit européen dans l'article 5 du Traité CE⁶⁶⁵. En effet, selon cet article 5, le droit [européen] s'applique dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union. Ce, dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau [européen]⁶⁶⁶. Cela signifie que l'Union agit si les objectifs recherchés seront mieux réalisés à son niveau qu'à celui des Etats membres⁶⁶⁷.

520. Le raisonnement tenu dans l'article 9 du Règlement SE, revient à renverser ce principe. En l'occurrence, le droit national s'applique à titre subsidiaire, à défaut de règles européennes ou dans le prolongement de celles-ci pour les mettre en œuvre. Depuis le projet de Règlement SE de 1996, les autorités européennes ont réduit ce Règlement à l'essentiel et ont procédé à des renvois vers les législations des Etats membres⁶⁶⁸.

521. En ce qui concerne la hiérarchie des normes applicables à la SE, elle n'est pas simple. Elle se divise en deux catégories qui elles même se subdivisent en plusieurs strates. D'ailleurs, le sens strict de la hiérarchie des normes, désigne le contrôle de conformité de normes inférieures à des normes supérieures. Elle désigne ici plus largement, un ordre de priorité entre les différentes sources de normes régissant la SE. Cette formule se révèle donc imparfaite⁶⁶⁹.

La fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle, et l'insolvabilité ne sont pas couvertes par le Règlement SE.

Article L 229-1 al 2 du Code de commerce, « La société européenne est régie par les dispositions du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, celles du présent chapitre et celles applicables aux sociétés anonymes non contraires à celles-ci ».

⁶⁶⁴ J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international », *op. cit.*, p. 43.

⁶⁶⁵ G. BLANC, « La société européenne : la pluralité des rattachements en question », *op. cit.*, p. 1052 ; J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31 ; M. COIPEL, « La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne », *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruylant, 2005, p. 19

⁶⁶⁶ *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 1023.

⁶⁶⁷ M. LUBY, « Le droit des sociétés », *Petites affiches*, 2002, n° 200, p. 36.

⁶⁶⁸ Le corps de texte est passé de 245 articles en 1975, à 137 en 1989, pour enfin atteindre le chiffre de 70 en 2001.

⁶⁶⁹ M. COIPEL, « La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne », *op. cit.*, p. 19 ; V. MAGNIER, « La société européenne en questions », *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 568.

522. Le rattachement juridique de la SE est plurielle, et se fait par étapes. Dès lors, il faut distinguer selon que les matières sont ou non, même partiellement, couvertes par le Règlement SE.

523. Tout d'abord, la SE est régie par les dispositions du Règlement SE et, par les statuts de la société (pour les matières que couvre le Règlement) si il y autorise expressément. Par conséquent, si la matière a été envisagée par ce Règlement, il faut, d'abord, appliquer les règles élaborées par ce texte. Elles sont impératives, même si le droit national applicable à la SA connaît des dispositions contraires ⁶⁷⁰.

524. Ensuite, pour les matières non réglées ou non couvertes par le Règlement SE, il convient d'appliquer les dispositions spécifiques prises par les Etats membres pour intégrer la SE dans leurs législations. C'est-à-dire, les dispositions nationales spécifiques aux SE immatriculées sur leur territoire.

525. Puis, le droit commun applicable à la SA intervient, si l'élément en cause ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique. Enfin les statuts de la SE, s'appliquent dans les mêmes conditions que pour une SA constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

526. Par ailleurs, on peut distinguer deux catégories de rattachement au droit national. Elles entrent dans l'hypothèse de l'article 9 §1 c du Règlement SE. Elles ont pour origine le silence du Règlement SE. Certaines matières sont totalement passées sous silence, d'autres ne le sont que partiellement. Toutefois, ces renvois vers le droit national, n'ont pas pour vocation de combler le régime juridique de la société. Il reste complet même en l'absence de dispositions nationales.

527. Lorsque le renvoi vers le droit national est partiel, il peut revêtir plusieurs formes. Le Règlement SE peut présenter une disposition partielle, supplétive ou

⁶⁷⁰ Prenons pour exemple l'article 46 du Règlement SE. Ce dernier laisse aux statuts de la SE le soin de fixer la durée du mandat des membres des organes de direction de la SE sans toutefois pouvoir excéder six ans. Les statuts ne faisant pas publiquement appel à l'épargne pourraient ainsi prévoir que la durée du mandat des membres du conseil d'administration de la SE est fixée à six ans, y compris pour les premiers administrateurs désignés dans les statuts, ce qui constitue une dérogation aux dispositions de l'article L 225-18 du Code de commerce fixant la durée maximum du mandat des premiers administrateurs désignés dans les statuts à trois ans.

minimale⁶⁷¹. Il peut prévoir une solution facultative laissée à la discrétion des Etats membres. Ces derniers décident s'ils en tiennent compte, en adoptant une disposition spécifique à la SE. Il peut prévoir qu'une de ses dispositions s'efface même partiellement en présence d'une dérogation résultant du droit national de la SA. Autre possibilité, une disposition du Règlement SE peut s'appliquer sous réserves des exigences supplémentaires imposées par l'Etat membre ou sans que cette disposition puisse porter atteinte aux législations nationales.

528. Lorsqu'un rattachement au droit national résulte de l'absence totale ou partielle de dispositions dans le Règlement SE, ce rattachement peut être explicitement ou implicitement prévu par ce Règlement.

529. Il est explicite lorsque le Règlement SE opère à un renvoi vers les dispositions adoptées par les Etats membres pour les SE. Il l'est également lorsque le texte renvoie aux dispositions nationales relatives à la SA, en indiquant la question à propos de laquelle le renvoi est effectué, ou encore en désignant la directive européenne concernée.

530. Le rattachement au droit national peut être implicite, notamment lorsque le droit national adopte une mesure spécifique aux SE afin de répondre à l'absence de dispositions prises par le Règlement SE. Si aucune mesure spécifique n'a été adoptée, il faut se référer au droit national de la SA et parfois au droit national de la SARL à associé unique. En effet, l'article 3 §2 du Règlement SE et L 229-6 du Code de commerce édictent les dispositions applicables à la SE unipersonnelle, car tous les articles relatifs à la SE ne sont pas applicables à la SE unipersonnelle étant donné qu'il s'agit d'une société à associé unique⁶⁷². De même, tous les articles relatifs à la SARL à associé unique, ou EURL, ne sont pas applicables à la SE unipersonnelle. Bien qu'elle soit composée d'un seul actionnaire, elle reste une SE.

⁶⁷¹ M. COIPEL, « La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne », *op. cit.*, p. 19 s. ; Les conditions de renvoi vers le droit national et donc du recours au principe de subsidiarité sont diversifiées, G. BLANC, « La société européenne : la pluralité des rattachements en question », *op. cit.*, p. 1052 s.

⁶⁷² En effet, selon l'article 3 § 2 du Règlement SE, les dispositions nationales adoptées conformément à la douzième directive 89/667/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 en matière de droit des sociétés concernant les SARL à un seul associé s'appliquent mutatis mutandis aux SE. Toutefois, poursuit l'article, selon l'article 2 § 1, 2 et 3 du Règlement SE, la SE est considérée comme une SA relevant du droit de l'Etat membre de son siège statutaire.

531. Pour les éléments (seulement) régis par le Règlement SE, lorsqu'ils soulèvent des difficultés, ils ne peuvent être éclaircis que par la CJUE⁶⁷³. En effet, la CJUE est compétente pour l'interprétation du droit dérivé, grâce au mécanisme du recours préjudiciel prévu par l'ex article 177 du Traité de Rome. Pourtant, le projet de Règlement SE de 1991 est le dernier à opérer à un renvoi à titre subsidiaire aux principes généraux dont ce Règlement s'inspire. Cependant le renvoi vers le droit national ne peut solutionner les difficultés posées par des règles élaborées par le Règlement SE, de celles qui soulèvent des problèmes d'interprétation.

532. Enfin, le renvoi qu'opère le Règlement SE vers les statuts, dans les cas prévus par ce même texte, est rare. Dans la majorité des cas ce renvoi est encadré par les dispositions du droit des Etats membres⁶⁷⁴. Il peut aussi bien s'agir de mentions statutaires obligatoires que de mentions facultatives. Ainsi, à l'exception du droit interne français, tout ce qui n'est pas permis est prohibé⁶⁷⁵.

533. Cela peut sembler critiquable, mais il convient de ne pas oublier que le Règlement SE est issu d'un compromis. En effet, les Etats membres craignaient notamment qu'une SE « trop souple » détourne de l'adoption de formes internes plus contraignantes⁶⁷⁶. Une trop grande liberté statutaire, peut aller à l'encontre de la tradition juridique de certains Etats membres⁶⁷⁷. C'est probablement avec « regret » que le législateur n'a pas pu élargir cette liberté statutaire, car elle aurait pu aller à l'encontre de la tradition juridique de certains Etats membres. En effet, le Règlement SE fait des renvois vers le droit national permettant aux Etats membres d'appliquer à la SE leurs spécificités.

⁶⁷³ H. SYNDET, « Enfin la société européenne ? », *op. cit.*, p. 253 ; K. HOPT, « L'appréciation globale de la société européenne (societas europaea) », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 255.

⁶⁷⁴ Les statuts d'une SE ne faisant pas publiquement appel à l'épargne et dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé peuvent soumettre la cession des titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital à l'agrément de la société conformément aux dispositions de l'article L 228-23 du Code de commerce applicable aux SA.

⁶⁷⁵ Y. GUYON, « La liberté statutaire et la société européenne », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 245 s.

⁶⁷⁶ Y. GUYON, *ibid.*, p. 245 s. Par ailleurs, selon ce même auteur, « l'attitude frileuse » des Etats membres a provoqué le blocage du projet de SE en raison des divergences de règles applicables à l'implication des travailleurs dans la gestion de ces sociétés.

En outre, « après une si longue attente, l'objectif est encore de se concilier les Etats. Le choix fondamental sera donc, d'abord, de renvoyer aux droits étatiques », J. BEGUIN, « Quel avenir pour la société européenne ? », *op. cit.*, p. 307.

⁶⁷⁷ Il existerait des indices en ce sens, parmi lesquels la place des statuts dans la hiérarchie établie par l'article 9 du Règlement ; ou encore l'article 69 d du Règlement, même si cet accroissement dépend encore de la volonté des Etats membres.

J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31.

B) L'exercice du renvoi vers le droit national opéré par le Règlement SE

534. Les domaines du droit non couvert par le Règlement SE, tels que la fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle ou l'insolvabilité⁶⁷⁸, sont relayés par le droit en vigueur de l'Etat où la société a son siège statutaire. Il est issu des directives européennes afférant qui y ont été transposées.

535. A titre d'exemple, l'établissement des comptes annuelles de la SE, et le cas échéant, de ses comptes consolidés, avec le rapport de gestion les accompagnants, leurs contrôles et leurs publicités, sont soumis au droit applicable de la SA, relevant du droit de l'Etat membre du lieu du siège statutaire de la SE. En outre, elle relève des dispositions nationales qui sont propres à l'exercice de ces activités⁶⁷⁹, dans le cas où cette SE est un établissement de crédits ou financiers, ou encore une « entreprise » d'assurances.

536. En somme, chaque fois qu'une SE poursuit une activité relevant d'un secteur d'activités soumis à des dispositions nationales spécifiques, les règles nationales supplémentaires régissant ces activités sont alors applicables à cette société⁶⁸⁰. Par conséquent, un établissement financier poursuivant son activité par le biais d'une SE est également régi par des directives spécifiques à l'activité poursuivie ainsi qu'aux dispositions nationales les transposant.

537. De même pour ce qui est des aspects du statut de la SE non traités par le Règlement SE, ou qui le sont partiellement, la société est traitée comme une SA. En effet, il résulte de la combinaison des articles 9 et 10 de ce Règlement et de l'article L 229-1 du Code de commerce, que la loi de l'Etat du siège comprend aussi bien les dispositions adoptées relatives à la SE, que les dispositions applicables à la SA constituée selon le droit de l'Etat membre concerné. Ce, dans la mesure où elles ne sont pas

⁶⁷⁸ C'est ce qu'il résulte du considérant n° 20 du Règlement SE.

⁶⁷⁹ C'est ce qui résulte des articles 61 et 62 du Règlement SE. Les établissements de crédits ou financiers relèvent en la matière aux dispositions nationales applicables conformément à la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès aux activités précitées. Et les entreprises d'assurances relèvent en la matière aux dispositions nationales applicables conformément à la directive 91/674/CEE du Conseil relatif aux comptes annuels et aux comptes consolidés des entreprises d'assurance.

⁶⁸⁰ Considérant 26 du Règlement SE.

contraires aux dispositions spécifiques aux SE⁶⁸¹. En conséquence, sous réserve des dispositions dudit Règlement, une SE est traitée dans chaque Etat membre comme une SA constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la société a son siège statutaire⁶⁸².

538. C'est ainsi que, par exemple, les dispositions boursières applicables aux SA ouvertes à l'appel public à l'épargne sont applicables aux SE ouvertes au même type d'appel. En effet, les sociétés cotées en bourses doivent respecter les règles de marché. De même que les obligations et les titres assimilés obéissent à un régime juridique spécifique. D'ailleurs, l'essentiel des règles de police du marché boursier concernent les franchissements de seuil et les déclarations d'intention, ainsi que la publicité des pactes d'actionnaires⁶⁸³.

539. Dès lors, les dispositions relatives aux valeurs mobilières d'une SE sont les mêmes que celles qui sont prévues pour la SA, ayant son siège statutaire dans l'Etat membre où la SE est immatriculée. Elles répondent donc au même régime⁶⁸⁴. Ainsi, par exemple, la remise de titres d'une société immatriculée en France aux actionnaires d'une société étrangère, suite à une fusion par absorption, conduit à l'obligation de publier un « prospectus », définit comme le « prospectus d'admission ». En effet, bien que cette remise de titre ne constitue pas en tant que telle une offre publique de titres, l'admission à

⁶⁸¹ Le Règlement SE peut directement faire référence au droit national applicable aux SA. L'article 5 de ce Règlement prévoit par exemple que les actions, les obligations et autres titres assimilables de la SE sont régis par les dispositions qui s'appliqueraient à une SA ayant son siège statutaire dans l'Etat membre où la SE est immatriculée.

⁶⁸² Les modes d'acquisition de la qualité d'associé sont déterminés par la *lex societatis*. Il en est de même pour le statut d'associé et de la perte de cette qualité. Selon la cour de cassation « les obligations de la société envers ses actionnaires sont régies par la loi nationale de cette société, d'où il suit que cette loi seule détermine, quel que soit le pays où les titres sont émis, les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve et se perd la qualité d'actionnaire ». 1^{re} Ch. Civ. Cass., 17 octobre 1972, *Rev. soc.*, 1974, p. 127, note BISMUTH ; *Rev. Crit. DIP*, 1973, p. 520, note H. BATIFFOL ; *Journal de droit international*, 1973, p. 716, note B. OPPETIT.

En matière de fonctionnement de la société, c'est la *lex societatis* qui le régit normalement. La question de la capacité de la société et des pouvoirs des mandataires sociaux sont celles qui donnent lieu à plus de contentieux.

⁶⁸³ La société émettrice doit établir et soumettre au visa de l'AMF un prospectus contenant des informations (quelle que soit la nationalité de l'initiateur de l'appel public à l'épargne) dès lors que les critères de l'appel public à l'épargne sont réussis en France.

En effet, les règles relatives aux organismes financiers privés, aux services financiers, aux titres, instruments et marchés financiers ainsi qu'aux autorités de contrôle, trouveront à s'appliquer aux sociétés européennes qui tomberaient dans leur champ d'application, M. DUPLAT et Ph. LAMBRECHT, « Aspects de droit financier », in *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 167 s.

⁶⁸⁴ En effet, selon l'article 5 du Règlement SE, « sous réserve de l'article 4, paragraphes 1 et 2, le capital de la SE, son maintien, ses modifications ainsi que les actions, les obligations et autres titres assimilables de la SE sont régis par les dispositions qui s'appliqueraient à une société anonyme ayant son siège statutaire dans l'Etat membre où la SE est immatriculée ».

L'article 4 § 1 du Règlement SE rappelle que tous les Etats membres ne font pas parti de la zone euro, et le § 2 de ce même article indique que le capital souscrit doit être d'au moins 120 000 euros.

la négociation d'Euronext des titres nouvellement émis constitue elle une offre publique de titres⁶⁸⁵. Cependant, l'AMF peut accorder une dispense totale ou partielle de l'obligation de publier un prospectus lorsque les titres dont l'admission est demandée, sont émis dans le cadre d'une opération de fusion par absorption. Mais aussi, dans le cas d'un document considéré par l'autorité comme contenant des renseignements équivalents à ceux du prospectus d'admission, doit avoir été publié dans une certaine période, précédent l'admission à la négociation des nouveaux titres⁶⁸⁶.

540. Pour autant, dans certaines situations, la coexistence de plusieurs sources de droit peuvent occasionner des conflits, lors de la détermination de la loi applicable à la SE. Néanmoins, la résolution de ce cas de figure apparaît dans le préambule du Règlement SE. En effet, selon le considérant n° 20, les dispositions du droit des Etats membres et du droit de l'Union européenne sont applicables dans les domaines non couverts par le Règlement SE. Afin de déterminer la loi applicable à une SE, en cas de conflit de loi (entre le droit des sociétés de l'Etat du siège applicable aux SA locales, et un autre droit), il convient d'appliquer le droit international privé de l'Etat membre où se situe son siège social, de la même manière qu'on le ferait pour une SA relevant de ce même Etat membre⁶⁸⁷. Par exemple, lorsqu'une entreprise contrôle une autre entreprise relevant d'un ordre juridique différent, ses droits et obligations en matière de protection des actionnaires minoritaires et des tiers sont régis par le droit dont relève l'entreprise contrôlée, selon les principes généraux du droit international privé.

541. Toutefois, le considérant n° 15 du Règlement SE précise que ces principes s'appliquent. Ce, sans préjudice des obligations auxquelles l'entreprise qui exerce le contrôle est soumise, en vertu des dispositions du droit dont elle relève. En conséquence, les règles et principes généraux du droit international privé s'appliquent tant dans le cas où la SE exerce le contrôle que dans le cas où la SE est la société contrôlée⁶⁸⁸.

542. Ces différents renvois vers le droit national de la SA sont aisés et logiques, car les différentes directives relatives à cette forme sociale, ont contribué à harmoniser le

⁶⁸⁵ En effet, les règles de marché d'Euronext imposent aux émetteurs de demander l'admission à la négociation des titres nouvellement créés qui sont de la même catégorie que ceux qui font déjà l'objet d'une cotation, M. DUPLAT et Ph. LAMBRECHT, « Aspects de droit financier », *op. cit.*, p. 167 s.

⁶⁸⁶ M. DUPLAT et Ph. LAMBRECHT, *ibid.*, p. 176.

⁶⁸⁷ J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31 s.

⁶⁸⁸ Toutefois, précise le considérant n° 16 du Règlement SE, cela est sans préjudice des conséquences de toute coordination ultérieure du droit des Etats membres.

régime juridique de cette société⁶⁸⁹. Ainsi, faire du régime juridique de cette dernière un point « d’ancrage »⁶⁹⁰ de l’existence et du fonctionnement des SE, est cohérent.

543. Par ailleurs, cela signifie également, que les dispositions spécifiques aux SE prises par les Etats membres en vue d’accueillir cette nouvelle forme sociale, devront respecter les directives qui ont été publiées et transposées en matière de droit des sociétés. Toutefois, il convient de garder à l’esprit qu’en cas de conflit le Règlement SE prime.

544. Les règles adoptées pour la SE, n’ont pas à s’aligner sur celles de la SA. Dans le silence du Règlement SE, et le respect des directives (en d’autres termes des principes européens d’harmonisation du droit des sociétés), les Etats membres bénéficient d’une certaine souplesse pour adopter des mesures plus avantageuses que celles qui régissent les SA dans leurs propres législations.

545. Dès lors, *a priori*, en présence d’un droit national plus « impératif » ayant tendance à « cantonner » la liberté statutaire, le dispositif européen aboutit à appliquer le même « cantonnement »⁶⁹¹ à la SE, et inversement. En conséquence, par le même mécanisme de renvoi, si le droit étatique du siège est libéral et qu’il laisse une place importante à la liberté statutaire, le régime de la SE sera avantageux également.

546. En définitive, il ne tient qu’aux Etats membres de proposer un régime attractif et de créer un régime plus avantageux que celui de la SA⁶⁹². D’autant qu’ils peuvent émettre des dispositions nationales spécifiques aux SE immatriculées sur leur

⁶⁸⁹ En effet, les différentes directives européennes applicables aux SA, ont permis d’harmoniser les législations nationales des Etats membres. Parmi elles, la première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l’article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

Ainsi, ce n’est qu’en dehors de cet « ordre public » que des différences existent, entre « des législations contraignantes et d’autres qui le sont moins », Y. GUYON, « La liberté statutaire et la société européenne », *op. cit.*, p. 245 s.

⁶⁹⁰ J.-Ph. DOM, « La société européenne-Aspects de droit des sociétés », *op. cit.*, p. 77.

⁶⁹¹ J BEGUIN, « L’avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 75 ; J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31.

⁶⁹² Ces différents renvois constituent par la même, « une étape supplémentaire de la mise en concurrence des droits nationaux », Ph. MARINI, « L’attractivité de la société européenne à la française », *op. cit.*, p. 34 ; M. MENJUCQ, « Le droit applicable à la SE : articulation des textes communautaires et des règles françaises », *op. cit.*, p. 27.

C’est ce qui permet d’envisager de telles mesures en matière de relations entre actionnaires. En effet, les SA ne faisant pas appel public à l’épargne bénéficient d’une grande liberté statutaire, voir article L 229-11 à L 229-15 du Code de commerce. Sur le modèle de la SAS, les actionnaires de la SE peuvent aménager librement leurs rapports. Cette souplesse d’organisation des rapports entre associés constitue la spécificité de la société européenne immatriculée en France. Voir *infra*.

territoire, lorsque le Règlement SE les y invite, en répondant aux différentes options proposées par ce Règlement. En effet, les règles dictées par ce dernier, impératives par essence, peuvent de par leurs volontés être nuancées par les Etats membres lorsqu'ils y sont invités. Il existe des règles propres aux SE, et des règles applicables aux SA mais adaptées aux SE, selon qu'elles aient été assouplies ou durcies par la politique applicable aux SE.

547. Ainsi, le régime juridique de la SE peut sensiblement varier selon l'Etat membre dans lequel la société a son siège statutaire (et son administration centrale). Cela, en raison des renvois dictés par le Règlement SE vers le droit national. D'ailleurs, le processus de création d'une SE illustre bien l'importance des Etats membres et l'habile répartition des règles matérielles et celles nationales auxquelles le Règlement SE renvoie.

Section 2 : L'illustration de l'articulation des dispositions européennes et françaises, à travers le processus de création d'une SE

548. Le Règlement SE est une combinaison de règles matérielles et de conflit. Par conséquent, ce corps de texte ne peut prendre vie qu'avec le concours des législateurs nationaux⁶⁹³. Le caractère atypique de ce Règlement charge les Etats membres d'un rôle particulier. Celui de lui donner une « âme », en raison des nombreux renvois opérés par ledit Règlement.

549. Les opérations de constitution d'une SE, par voie de fusion en particulier, et son transfert de siège social dans un autre Etat membre, sont dominés par les règles matérielles, contrairement au fonctionnement de la SE. Ainsi, l'articulation des dispositions nationales et européennes sont plus visibles dans ces opérations. C'est pourquoi le processus de création d'une SE, et celui du transfert de son siège social dans un autre Etat membre, seront traités ici.

⁶⁹³ Ce qui a de plus intéressant dans ces corps de texte (le Règlement et la directive) c'est que les législateurs nationaux devront donner un corps et une âme nationales aux SE. Ces textes sont plus convaincants par les options qu'ils offrent que par les contraintes qu'ils contiennent.

550. Quelque-soit le mode de constitution choisi, il nécessite de passer par un certain nombre d'étapes qui varie selon la voie de création sélectionnée⁶⁹⁴. Elles s'élaborent en interne, au sein des différentes sociétés (pas des entités puisque ces différentes étapes ne semblent pas être imposées pour la constitution d'une SE filiale) qui souhaitent constituer une SE, ou transférer de son siège social dans un autre Etat membre. En effet, le projet de constitution de la société ou le transfert de son siège social sont mis en œuvre par les organes dirigeants des sociétés (§ 1).

551. En raison des sérieux impacts de ces projets sur le pacte social auquel les différents associés ont adhéré, non seulement le projet de constitution de la société ou de transfert de son siège social est soumis à leurs votes⁶⁹⁵, mais en plus de nombreuses informations leur sont fournies. Ceci afin qu'ils puissent servir à ceux qui réceptionnent le projet élaboré pour en rendre un consentement éclairé (§ 2).

§ 1 : La mise en œuvre du projet de constitution d'une SE ou du transfert de son siège social dans un autre Etat membre

552. Hormis l'hypothèse de la constitution d'une SE par voie de filiale, les autres voies de restructuration visées par le Règlement SE, qu'il s'agisse des autres voies d'accès à la SE, ou du transfert de son siège social dans un autre Etat membre, doivent faire l'objet d'un projet de constitution ou d'un projet de transfert de siège social. Il est élaboré par les organes de direction et d'administration de chacune des sociétés qui promeuvent l'opération (A). Ensuite, il est soumis à des experts afin d'en élaborer un rapport (B).

⁶⁹⁴ Pour reprendre la formule d'un auteur, il existe « un fonds procédural commun [aux différents modes de constitution] construit au demeurant autour de l'opération de fusion », à l'exception de la constitution de par voie de filiale. A. COURET, « Les techniques de constitution de la société européenne », *op. cit.*, p. 17.

⁶⁹⁵ En droit français, le vote des associés doit également être guidé par l'intérêt social. Dans le cas contraire il pourrait être accusé d'abus. La notion d'intérêt social constitue la pièce maîtresse de la construction jurisprudentielles des théories de l'abus de majorité ou de minorité ; D. TRICOT, « Abus de droits dans les sociétés – Abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.*, 1994, p. 617 ; A. CONSTANTIN, La tyrannie des faibles – De l'abus de minorité en droit des sociétés, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213.

Il y a abus de majorité lorsque la résolution litigieuse a été prise « contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité », *cf.* Cass. Com., 18 avril 1961, *D.*, 1961, jur., p. 661. Et selon la jurisprudence, un associé minoritaire est coupable d'abus lorsqu'il adopte une attitude « contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés », *cf.* Y. GUYON, note sous, Cass. Com., 9 mars 1993, *D.*, 1993, jur., p. 363.

La constatation de l'abus repose, outre la rupture d'égalité entre associés ou l'attitude égoïste des actionnaires, sur la violation de l'intérêt social par la résolution adoptée - abus de majorité - ou sur la conformité à l'intérêt social de la décision qui aurait dû être prise - abus de minorité.

A) L'initiative du projet de constitution d'une SE, et du transfert du siège social de la SE

553. Quelque soit le mode de constitution de la SE⁶⁹⁶, chacune des sociétés qui participe à l'opération, doit établir un projet de constitution de cette société, qui sera par la suite publié⁶⁹⁷. Il doit être présenté par les dirigeants des sociétés promotrices. Mais au préalable, le directeur général ou le président du directoire des sociétés absorbantes et absorbées, ou des sociétés constituant la société nouvelle, devront être adoubés par le conseil d'administration ou le directoire, avant qu'il ne signe le projet de constitution⁶⁹⁸.

554. Bien entendu, selon le mode de constitution choisie, le projet a pour objet la fusion, la constitution d'une *holding*, ou encore la transformation. En outre, les organes sociaux compétents pour établir ce projet, varient en fonction du mode de constitution. Les différentes voies de constitution, ne sont pas ouvertes à toutes les formes sociales.

555. Ainsi, le conseil d'administration ou le directoire de la SA française, selon qu'il s'agisse respectivement d'un système moniste ou dualiste, participant à la création d'une SE par voie de fusion, doit établir, conjointement avec les autres sociétés participantes, un projet de fusion (dont le contenu minimum est mentionné à l'article 20 du Règlement SE)⁶⁹⁹. Cette étape de la procédure est déjà connue dans le droit national français. Elle s'impose aussi dans le cadre d'une fusion interne⁷⁰⁰.

556. Pour ce qui est du projet de constitution d'une *holding*, et du projet de constitution d'une transformation, ils sont investis par les mêmes organes sociaux de la SA française (précédemment cités)⁷⁰¹. Toutefois, puisque la constitution d'une SE

⁶⁹⁶ Excepté l'hypothèse de constitution d'une SE par voie de filiale.

⁶⁹⁷ Voir supra.

⁶⁹⁸ En effet, selon l'article R 236-1 du Code de commerce, ils doivent se réunir afin d'approuver et habiliter le président, le directeur général ou tout autre personne à signer le projet.

⁶⁹⁹ En matière de fusion interne, aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article R 236-5 Code de commerce, le rapport est élaboré par l'un ou l'autre de ces organes. Or, on sait que les règles applicables à la SA sont applicables à la SE française, si ni le Règlement, ni les dispositions spécifiques à la SE françaises ne disent rien.

⁷⁰⁰ Selon l'article L 236-6 al 1^{er} du Code de commerce et L 236-10 *in fine* du même Code, toutes les sociétés qui participent à une fusion doivent établir un projet de fusion.

⁷⁰¹ Cette affirmation résulte de l'article L 236-9 du Code de commerce par renvoi à l'alinéa 5 de l'article L 229-5 du Code de commerce, qui lui-même renvoie de l'article R 236-5 de Code de commerce. Le même raisonnement est valable en cas de transformation d'une SA en SE.

holding, est également ouverte aux SARL françaises, l'élaboration du projet incombera alors au gérant de la dite société. En outre, les sociétés qui participent à la création d'une SE *holding*, doivent en réaliser ce projet en commun⁷⁰².

557. L'élaboration du projet a pour but d'expliquer et de justifier les aspects juridiques et économiques de la constitution de la société (ou son transfert de siège social), mais également les conséquences de cette opération pour les actionnaires, les créanciers ainsi que les salariés⁷⁰³.

558. En effet, pour que cette opération puisse être menée à bien, elle ne doit pas être jugée comme une contrainte inadaptée en raison « du besoin de conservation de la stratégie des dirigeants »⁷⁰⁴. Elle doit converger dans le sens de l'intérêt social. Dès lors, afin que les associés puissent en toute conscience y consentir, ils doivent être informés du bien-fondé de l'opération, à savoir s'il entre ou pas dans cet intérêt social, en plus de connaître la répercussion d'une telle opération sur eux. Cette répercussion est d'autant plus forte que le rapport de force est inversé dans les sociétés participant à la constitution de la SE *holding*, puisque c'est elle qui détiendra le pouvoir de décision dans les sociétés.

559. Quant au contenu du projet, ceux de constitution d'une SE *holding* et d'une SE par voie de fusion sont assez similaires⁷⁰⁵. En effet, les dispositions se référant au contenu du projet de constitution d'une SE *holding*, opèrent par un renvoi vers de nombreuses dispositions se référant au contenu du projet de constitution d'une SE par voie de fusion⁷⁰⁶.

560. Parmi ces similitudes apparaissent les informations relatives au rapport d'échange des actions, le montant de la soulte (le cas échéant), mais également les

Dans le silence du Règlement SE et des dispositions qui sont propres aux SE françaises, il convient de transposer les prérequis de la transposition de la SA en une autre forme de société, à la transformation d'une SA en SE. Aussi, si on transpose l'article L 225-243 du Code de commerce, une SA peut se transformer en SE si au moment de la transformation, elle est immatriculée depuis plus de deux ans et qu'elle a fait approuver le bilan de ses deux premiers exercices.

⁷⁰² Article 32 § 2 du Règlement SE. Alinéa 1^{er} de l'article L 229-5 du Code de commerce.

⁷⁰³ Voir supra.

⁷⁰⁴ N. LENOIR, « L'avenir de la « Societas Europea » », *Journal de droit européen*, février 2008, p. 33, spéc. p. 38.

⁷⁰⁵ Le contenu du projet de constitution d'une SE par voie de fusion est détaillé dans l'article 20 du Règlement SE et par l'article R 236-14 du Code de commerce, ainsi que par celles non contraires à l'article R 236-1 du même Code.

⁷⁰⁶ Selon l'article 32 § 2 du Règlement SE, le « projet comporte en outre les indications prévues à l'article 20 [relatif au projet de constitution d'une SE par voie de fusion], paragraphe 1, points a), b), c), f), g), h) et i) ».

modalités de remise des actions de la SE. En outre, le projet doit notamment détailler le rapport d'échange des actions et les méthodes d'évaluations utilisées, qui doivent être concordantes pour les sociétés concernées, ainsi que, le cas échéant, faire la lumière sur les difficultés particulières d'évaluation⁷⁰⁷.

561. Néanmoins, il existe bien entendu des particularités propres au projet envisagé. Ainsi, pour ce qui est de la constitution d'une SE *holding*, le projet doit préciser le pourcentage minimal des actions, ou parts de chacune des sociétés promouvant l'opération, que les actionnaires devront apporter afin que la SE soit constituée. Le pourcentage minimum d'actions requis pour pouvoir prétendre à la constitution d'une SE *holding*, ne peut pas être inférieur à 50% des droits de vote permanents⁷⁰⁸. Ainsi, les actionnaires des sociétés promouvant l'opération doivent apporter des actions conférant (au minimum) ce pourcentage des droits de vote permanents⁷⁰⁹. Ceux qui détiennent le pouvoir, voir le contrôle, décident de la constitution de la SE⁷¹⁰.

562. Ces divers éléments devant figurer dans ces différents projets de constitution, n'ont pas à être mentionnés dans celui de constitution par voie de transformation d'une SA en SE. En effet, ni l'article 37 § 4 du Règlement, ni l'article L 225-245-1 du Code de commerce, ni l'article R 229-20 du même Code, n'indiquent quoique ce soit à ce propos. En revanche, un projet de transformation de la SA en SE, doit être élaboré. Il doit expliquer et justifier les aspects juridiques et économiques de la transformation. Il doit aussi en indiquer les conséquences pour les actionnaires et pour les travailleurs.

563. Certaines des modalités de la procédure de constitution d'une SE, sont similaires à celles employées dans la procédure de transfert du siège social d'une SE dans un autre Etat membre. En effet, pour qu'un transfert de siège social de la SE puisse avoir lieu, le conseil d'administration ou le directoire, doivent établir un projet de transfert de siège social⁷¹¹. En outre, les aspects juridiques et économiques du transfert ainsi que les conséquences du transfert pour les actionnaires, les créanciers et les travailleurs, doivent

⁷⁰⁷ Alinéa 1^{er} de l'article R 236-5 du Code de commerce.

⁷⁰⁸ Cette règle constitue un assouplissement eu égard à la norme initiale qui exigeait un pourcentage de 100 %. Dans la proposition du Règlement SE qui date de 1989, toutes les actions des sociétés fondatrices passaient à la SE en échange des actions de la SE *holding*.

⁷⁰⁹ Article 32 § 2 du Règlement.

⁷¹⁰ M. MENJUCQ, « La société européenne », *op. cit.*, p. 225.

⁷¹¹ Article L 229-2 alinéa 1^{er} du Code de commerce, article 8 § 2 du Règlement SE.

également être expliqués et justifiés dans un rapport établi par la direction⁷¹². Les mentions obligatoires devant y apparaître, sont prévues au § 2 de l'article 8 du Règlement SE⁷¹³. Dans ses mentions doivent apparaître la localisation prévue pour le nouveau siège statutaire, les conséquences du transfert sur le régime d'implication des salariés, le calendrier de l'opération, ou encore les mesures visant à protéger les droits des actionnaires et des créanciers.

564. En somme, lorsqu'une SA souhaite créer une SE, le conseil d'administration ou le directoire de la société, doit établir un projet de constitution, selon que la SA est dotée, respectivement, d'un système moniste ou dualiste. De même, si une SARL souhaite entreprendre une telle opération, le gérant de la société, devra établir un projet de constitution.

Transition 565. Qu'il s'agisse de la création d'une SE ou du transfert de son siège social dans un autre Etat membre, les organes dirigeants sont à l'origine du projet de constitution d'une SE, ou de son transfert de siège social. Leurs seules allégations, et engagements pris dans le projet, ne suffisent pas. En effet, certains éléments du projet doivent faire l'objet d'un rapport élaboré par des experts.

B) Rapport élaboré par les experts

566. Avant que le projet de constitution d'une SE ou du transfert de son siège social, ne soit publié et qu'il soit présenté aux différentes personnes intéressées, des experts sont nommés (1) et appelés à intervenir pour rédiger un rapport après avoir examiné le projet (2).

1) Nomination des experts

⁷¹² Selon les termes de l'article 8 § 3 du Règlement SE, « l'organe de direction ou d'administration établit un rapport expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques du transfert et expliquant les conséquences du transfert pour les actionnaires, les créanciers et les travailleurs ».

⁷¹³ Les différents éléments devant être mentionnés dans le projet de transfert, figurent dans l'article 8 §2 du Règlement. « [...] Ce projet mentionne la dénomination sociale, le siège statutaire et le numéro d'immatriculation actuels de la SE et comprend: a) le siège statutaire envisagé pour la SE; b) les statuts envisagés pour la SE, y compris, le cas échéant, sa nouvelle dénomination sociale; c) les conséquences que le transfert pourrait avoir pour l'implication des travailleurs dans la SE; d) le calendrier envisagé pour le transfert; e) tous les droits prévus en matière de protection des actionnaires et/ou des créanciers ».

567. La procédure de nomination du commissaire à la transformation d'une SA en SE, du commissaire à la constitution de la SE *holding*, et du commissaire à la constitution d'une SE par voie de fusion, est calquée sur la procédure de nomination du commissaire aux apports. Par conséquent, ils sont désignés par le président du Tribunal de Commerce, statuant sur requête, parmi les commissaires aux comptes ou les experts inscrits sur une des listes établies au sein des cours et tribunaux⁷¹⁴.

568. D'ailleurs, un tel renvoi n'a rien de surprenant. En effet, de façon similaire, la désignation d'un commissaire à la fusion interne, fait l'objet d'un renvoi vers la procédure de nomination d'un commissaire aux apports. Tout comme dans le droit national en matière de fusion interne, lorsque plusieurs sociétés s'engagent sur le même projet, un seul expert peut être désigné. Ceci afin qu'un rapport unique soit établi⁷¹⁵. En revanche, à l'inverse du droit national, l'intervention du ou des experts, ne pourra pas être écartée⁷¹⁶. En effet, cette possibilité n'apparaît pas dans le Règlement SE, contrairement à la mesure permettant de faire intervenir qu'un expert.

569. Cette option offerte par le Règlement SE, de réaliser un rapport unique destiné à l'ensemble des actionnaires, est une solution plus libérale que celle du droit français⁷¹⁷. Une analyse indépendante sans parti pris est donc possible. On évite ainsi le risque qu'un intérêt soit plus pris en compte qu'un autre⁷¹⁸.

570. Un ou plusieurs experts indépendants désignés ou agréés par une autorité judiciaire ou administrative de l'Etat membre dont relève l'une des sociétés promouvant l'opération ou la SE⁷¹⁹, rédige pour chaque société un rapport. Cependant, ils peuvent en rédiger qu'un, si un accord entre les différentes sociétés participant à l'opération, le prévoit⁷²⁰. En somme, le ou les commissaires à la constitution d'une SE *holding* désignés

⁷¹⁴ Les articles R 229-21, R 236-6 alinéa 1^{er}, R 229-16 du Code de commerce renvoient tous à l'article R 225-7 du même Code, pour connaître les conditions de désignation d'un commissaire. Ces conditions sont donc les mêmes quelque soit le mode de constitution de la SE.

⁷¹⁵ Article R 236-6 alinéa 2.

⁷¹⁶ Aux termes de l'article L 236-10, II, « la décision de ne pas faire désigner un commissaire à la fusion est prise, à l'unanimité, par les actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération. A cette fin, les actionnaires sont consultés avant que ne commence à courir le délai exigé pour la remise de ce rapport préalablement à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion ».

⁷¹⁷ A. COURET, « Les techniques de constitution de la société européenne », *op. cit.*, p. 17 s.

⁷¹⁸ On ne peut que renvoyer au débat sur les experts indépendant, en renvoyant à quelques références.

⁷¹⁹ Article 32 § 4 du Règlement SE.

⁷²⁰ Il résulte de L 229-5 alinéa 3 du Code de commerce qu'« un ou plusieurs commissaires à la constitution d'une société européenne *holding*, désignés par décision de justice [le président du tribunal de commerce, statuant sur requête, parmi les commissaires aux comptes ou les experts inscrits sur une des listes établies par les cours et les tribunaux, article R 225-7 sur renvoi de l'article R 229-16 du Code de commerce],

par le président du Tribunal de Commerce⁷²¹, établissent un rapport destiné aux actionnaires de chaque société⁷²². Toutefois, par un accord entre les sociétés, un rapport écrit unique peut être établi, pour les actionnaires de l'ensemble des sociétés.

571. Il en est de même lors de la constitution d'une SE par voie de fusion. En effet, contrairement au droit national en matière de fusion interne, la désignation d'un commissaire au compte à la fusion⁷²³ dans chacune des sociétés promouvant l'opération, peut être remplacée par la nomination d'un seul expert indépendant⁷²⁴. Dès lors, sur demande conjointe des sociétés qui fusionnent, une autorité judiciaire ou administrative de l'État membre dont relève l'une des sociétés qui fusionnent ou la future SE, peut désigner un ou plusieurs experts indépendants. Ce ou ces derniers seront alors chargés d'examiner le projet de fusion et d'établir un rapport unique destiné à l'ensemble des actionnaires, à la place des experts opérant pour le compte de chacune des sociétés.

572. Enfin, lors de la transformation d'une SA en SE, un ou plusieurs experts indépendants peuvent également soit être désignés, soit simplement être agréés, par une autorité administrative ou judiciaire de l'État membre dont relève la société qui se

établissent sous leur responsabilité un rapport destiné aux actionnaires de chaque société dont les mentions sont précisées par décret en Conseil d'Etat ».

Et, complétant les dispositions des articles L 229-5 et L 225-245-1 du Code de commerce, le décret n° 2006-448 précise que le ou les commissaires à la constitution d'une SE *holding* ou d'une SE créée par voie de transformation d'une SA sont désignés et accomplissent leur mission dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 64 du décret du 23 mars 1967 pour les commissaires aux apports.

Articles 203-19, 203-20 et 203-24 du décret.

⁷²¹ Si le choix de l'expert s'effectue sur le lieu de la future SE ou de l'une des sociétés promouvant l'opération, et qu'il se situe en France.

⁷²² Ils sont désignés par décision de justice, et ils établissent le rapport sous leur responsabilité. Il en résulte de l'alinéa 3 de l'article L 229-5 du Code de commerce, et de l'article R 229-16 du Code de commerce.

⁷²³ Les conditions de l'accomplissement de leur mission sont posées par l'article R 225-7 du Code de commerce sur renvoi de l'article R 236-6 du même code.

⁷²⁴ Aux termes du § 1 de l'article 22 du Règlement SE, en lieu et place des experts opérant pour le compte de chacune des sociétés qui fusionnent, un ou plusieurs experts indépendants, au sens de l'article 10 de la directive 78/855/CEE, désignés à cet effet et sur demande conjointe de ces sociétés par une autorité judiciaire ou administrative de l'État membre dont relève l'une des sociétés qui fusionnent ou la future SE, peuvent examiner le projet de fusion et établir un rapport unique destiné à l'ensemble des actionnaires.

Selon l'article 10 de la dite directive, « 1. Pour chacune des sociétés qui fusionnent, un ou plusieurs experts indépendants de celles-ci, désignés ou agréés par une autorité judiciaire ou administrative, examinent le projet de fusion et établissent un rapport écrit destiné aux actionnaires. Toutefois, la législation d'un État membre peut prévoir la désignation d'un ou plusieurs experts indépendants pour toutes les sociétés qui fusionnent, si cette désignation, sur demande conjointe de ces sociétés, est faite par une autorité judiciaire ou administrative. Ces experts peuvent être, selon la législation de chaque État membre, des personnes physiques ou morales ou des sociétés.

2. Dans le rapport mentionné au paragraphe 1, les experts doivent en tout cas déclarer si, à leur avis, le rapport d'échange est ou non pertinent et raisonnable. Cette déclaration doit au moins: a) indiquer la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé;

b) indiquer si cette ou ces méthodes sont adéquates en l'espèce et mentionner les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduisent, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue ».

transforme⁷²⁵. Si la société se situe en France, un ou plusieurs commissaires à la transformation peuvent être désignés par le Tribunal de Commerce, selon les mêmes modalités que celles des commissaires aux apports, d'après l'article R 229-7 du Code de commerce sur renvoi de l'article R 229-21 du même Code.

572. En revanche, aucun expert n'est désigné pour élaborer un rapport sur le projet de transfert de siège de la SE. Cela tient à l'essence même de l'opération.

573. Le rôle des experts varie en fonction du projet qui leur est soumis.

2) Contenu du rapport élaboré par les experts

574. Le mode de désignation de ces experts est le même. Pour autant leurs rôles diffèrent selon la voie de constitution de la SE choisie. Le contenu de leurs rapports également.

575. Le rôle des commissaires à la constitution de la SE par transformation d'une SA est très limité, contrairement à celui qui est afféré aux experts dans les autres voies de constitution. En effet, ils doivent seulement constater que la société dispose d'actifs nets au moins équivalents au capital social augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer⁷²⁶.

576. Cette mesure s'apparente à celle rencontrée lors de la transformation d'une SA française en une autre forme de société. Cependant, cette disposition est moins souple que la règle française applicable aux SA, figurant à l'article L 225-245-1 du Code de commerce. Selon cet article, la société doit disposer « de capitaux propres au moins équivalents au capital social ». Par ailleurs, selon l'article L 225-244 alinéa 1^{er} du même Code, la décision de transformation est prise sur le rapport des commissaires aux comptes.

577. Même si les dispositions applicables à la SA en la matière sont plus souples, les dispositions du Règlement SE sont impératives. D'ailleurs l'ancienne formulation de

⁷²⁵ Article 37 § 6 du Règlement SE (relatif à la transformation d'une SA en SE).

⁷²⁶ Article 37 §6 du Règlement SE.

l'article L 225-245-1 du Code de commerce a été rectifiée, ceci pour que le moindre doute soit dissipé⁷²⁷.

578. Pourtant, un doute subsiste. Il résulte de l'usage de la notion d'actif net, au lieu de celle de capitaux propres. En effet, contrairement à la notion de capital social, ces deux notions sont propres à constituer un instrument fiable de gestion. Elles permettent d'évaluer avec plus de certitudes la situation financière de l'entreprise⁷²⁸. Pour autant, la notion d'actif net est plus difficile à saisir que celle de capitaux propres. Bien que la notion d'actif net soit employée dans la deuxième directive⁷²⁹, et reprise lors de sa transposition dans la législation française, elle a été abandonnée au profit de la notion de capitaux propres⁷³⁰. Contrairement à cette dernière notion, celle d'actif net est floue, en raison de la fictivité de certains actifs⁷³¹. La précédente se calcule comme la somme des apports, des écarts de réévaluation, des bénéfices autres que ceux pour lesquels une décision de distribution est intervenue, des pertes, des subventions d'investissement et des provisions réglementées⁷³². Aussi, il serait peut-être plus judicieux, de remplacer la notion d'actif net, par celle de capitaux propres. L'application de l'article s'en trouverait moins complexe, même si la procédure de transformation reste alourdie. En effet, d'une part, la

⁷²⁷ En effet, l'ancien article L 225-245-1 du Code de commerce, comme l'article L 225-244 alinéa 1^{er} du même code, dispose que le rapport doit attester « que les capitaux propres sont au moins équivalents au capital social ». La première version de l'article L 225-245-1 du Code de commerce, a été modifiée par la loi du 5 juillet 2005. En conséquence, le rapport doit attester que « la société dispose d'actifs nets au moins équivalents au capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer ».

Ainsi cet aspect de la procédure se distingue de celui existant lors de la transformation d'une SA.

⁷²⁸ Durant la vie de la société, le capital social constitue un seuil de référence, un paramètre dans l'évaluation de la santé de la société, B. LECOURT, *L'influence du droit sur la constitution de groupements*, op. cit., n° 326 s.

⁷²⁹ Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, Journal officiel n° L 026 du 31/01/1977 p. 0001 - 0013.

⁷³⁰ La loi n° 83-353 du 30 avril 1983 relatif aux obligations comptables des commerçants, a remplacé la notion d'actif net, par celle de capitaux propres.

⁷³¹ L'actif net correspondrait au solde du patrimoine social, la valeur nette de ses éléments d'actif après déduction du passif réel, c'est-à-dire des dettes. Il correspondrait donc au capital social et autres capitaux propres, Y. REINHARD, « L'actif net des sociétés (les capitaux propres) », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 297. Ainsi, l'actif net est le reliquat de valeurs patrimoniales qui resterait à répartir entre les associés une fois éteinte l'intégralité du passif social, capital et réserves exclus, Cl. CHAMPAUD, « Actif net inférieur au quart du capital social-Réévaluation d'éléments d'actifs permettant de rétablir le rapport minimum », *RTD com.*, 1976, p. 120.

Cl. Champaud, « Dissolution pour perte des ¾ du capital social/Introduction légale de la notion d'actif net », *RTD com.*, 1969, p. 506, « Distinction passif social et déficit d'exploitation », *RTD com.*, 1967, p. 791 ; B. CORDIER, *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, LGDJ, 1988 ; F. GORE, « La notion de capital social », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 85 ; B. LECOURT, *L'influence du droit sur la constitution de groupements*, op. cit., n° 330.

⁷³² Il s'agit de la définition donnée par la loi n° 83-353 du 30 avril 1983 relatif aux obligations comptables des commerçants, dans son article 22. Cette loi a été abrogée par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007, art 3 (V) JORF, 27 mars 2007.

Cependant la notion de capitaux propres est toujours employée, aussi la définition reste la même.

décision des associés ne peut être prise sur le seul rapport du ou des commissaires aux comptes désignés, mais sur le projet de transformation. D'autre part, ces experts doivent attester que la SA dispose d'actifs nets au moins équivalents au capital social augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.

579. Toutefois, comme le précise le considérant 13 du Règlement SE, la société doit pouvoir exercer ses activités à l'échelle européenne. Elle doit donc disposer d'un patrimoine suffisant pour assurer qu'elle ait une dimension « raisonnable ». Le texte sur la transformation d'une SA française, n'envisage, qu'une transformation en une société qui nécessite moins de capitaux.

580. Dans le cas de la constitution d'une SE *holding*, le rapport écrit⁷³³, du ou des experts indépendants, destiné aux actionnaires de chaque société, doit faire état des difficultés d'évaluation des actions. Dès lors, il doit indiquer si le rapport d'échange des actions ou des parts, est pertinent et raisonnable, en précisant si les méthodes de calcul effectuées sont adéquates⁷³⁴. Par ailleurs, il doit faire état de la date à laquelle ont été arrêtés les comptes, qui ont servi à l'évaluation des parts ou actions concourant à la formation de la société *holding*⁷³⁵. Finalement, le contenu de ce rapport tient à l'opération de constitution d'une SE par voie de *holding* elle-même. En effet, chacune des personnes participant à l'opération, aura droit à des parts de la SE. Afin d'y parvenir, les parts concourant à la formation de cette société, devront être évalués.

581. Pour ce qui est du contenu du rapport élaboré par le ou les commissaires à la constitution d'une SE par voie de fusion, il est le même que celui élaboré lors de la constitution d'une SE par voie de *holding*. Toutefois, contrairement à la création d'une SE par voie de *holding*, l'évaluation attribuée aux actions des sociétés participant à l'opération, n'est pas le seul élément qui doit apparaître dans le rapport. Il correspond

⁷³³ Le contenu du rapport du commissaire à la constitution d'une SE *holding* est précisé à l'article R 229-17 du Code de commerce.

⁷³⁴ Article 32 § 5 du Règlement SE. Les méthodes employées pour l'évaluation des parts, sont les mêmes que celles requises lors de la constitution d'une SE par voie de fusion, et donc lors d'une fusion interne.

A. COURET, « Les techniques de constitution de la SE », *op. cit.*, p. 17, spéc. p. 22.

⁷³⁵ En effet, selon l'article R 229-17 du Code de commerce, « Outre les mentions du paragraphe 5 de l'article 32 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, les commissaires à la constitution précisent, dans le rapport mentionné au troisième alinéa de l'article L 229-5, la date à laquelle ont été arrêtés les comptes qui ont servi à l'évaluation des parts ou actions concourant à la formation de la société européenne *holding* ». Et selon l'article L 229-5 du même code, « un ou plusieurs commissaires à la constitution d'une société européenne *holding*, désignés par décision de justice, établissent sous leur responsabilité un rapport destiné aux actionnaires de chaque société dont les mentions sont précisées par décret en Conseil d'Etat ».

également à celui qui est élaboré lors des fusions entre SA immatriculées en France. Sur cette étape de la procédure, le Règlement SE indique que les experts ont le droit de demander à chacune des sociétés qui fusionnent toutes les informations qu'ils jugent nécessaire pour leur permettre de remplir leurs missions⁷³⁶. Cette mesure a, par ailleurs, été étendue aux opérations de fusion en France⁷³⁷.

582. Le Règlement SE est muet sur cette étape de la procédure et le contenu du rapport. Aussi, il faut se référer au droit national relatif à la fusion interne des SA⁷³⁸.

583. Selon le droit français, les commissaires à la fusion doivent vérifier que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération, sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable⁷³⁹. En effet, le rapport doit indiquer, d'une part, le ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé. D'autre part, le caractère adéquat de cette ou ces méthodes employées ainsi que les valeurs auxquelles chaque méthode conduit. Un avis est donné sur l'importance relative de ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue. Enfin, le rapport doit indiquer les difficultés particulières d'évaluation, s'il en existe. Par ailleurs, lorsque l'opération de fusion comporte des apports en nature ou des avantages particuliers, le commissaire à la fusion, doit établir un rapport prévu à l'article L 225-147 du Code de commerce⁷⁴⁰. Pour finir, le commissaire à la fusion doit vérifier que le montant de l'actif net apporté, par la ou les sociétés absorbées, est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de la société absorbante ou au montant du capital de la société nouvelle issue de la fusion⁷⁴¹.

⁷³⁶ Article 22 du Règlement SE.

⁷³⁷ Cette mesure apparaît à l'article L 236-10 I du Code de commerce, et résulte de la loi du 3 07 2008, n° 2008-649.

⁷³⁸ En conséquence, il convient de se référer à l'article L 236-10 I du Code de commerce.

⁷³⁹ L'une des caractéristiques de la fusion est l'échange des droits sociaux. Il repose sur la parité (ou rapport d'échange). Elle est calculée à partir des évaluations des deux sociétés et doit être équitable pour qu'aucun actionnaire ne soit lésé. Il existe plusieurs méthodes d'évaluation mais, les valeurs retenues pour le calcul de la parité sont toujours les valeurs réelles. M. CAUZIAN, P.-J. GAUDEL, *La comptabilité racontée aux juristes*, Litec fiscal, 2006, leçon n° 21.

⁷⁴⁰ Lorsque une société étrangère absorbe une société française, la fusion (l'enregistrement des apports chez l'absorbante) peut être réalisée soit sur la base des valeurs réelles soit sur la base des valeurs comptables (qu'ils avaient chez l'absorbée). En revanche lorsque la société absorbante a son siège social en France (et qu'ainsi la fusion relève du droit français), les normes comptables relevant du Règlement CRC n° 2004-01, 4 mai, pris sur avis du CNC n° 2004-01, s'appliquent. M. CAUZIAN, P.-J. GAUDEL, *La comptabilité racontée aux juristes*, op. cit., n° 730 et s.

⁷⁴¹ En effet, le silence du Règlement SE sur la mission du commissaire à la fusion, renvoie notamment à l'article R 236-7 du Code de commerce.

Transition 584. Chacune des expertises permet d'éclairer des éléments du projet. Ce dernier sert notamment à informer les différents protagonistes, dont les associés, afin qu'ils puissent exercer pleinement leurs prérogatives.

§ 2 : La réception du projet de constitution d'une SE ou du transfert de son siège social dans un autre Etat membre

585. Si les organes de direction ou d'administration lancent le projet, les associés doivent l'approuver. Le moment de sa diffusion et les différents éléments qui la composent, permettent d'éclairer ceux qui doivent prendre une décision. La qualité et la diffusion de l'information s'avèrent donc crucial. Pour se faire, différents éléments figurant dans le projet de constitution, sont l'objet d'une publication (A), afin que lors de la soumission du projet aux actionnaires, ils puissent fournir un consentement éclairé (B).

A) Publication du projet de constitution d'une SE ou de transfert du siège social de la SE

586. Quelque-soit le mode de constitution choisi, ces avis doivent être publiés un mois avant la date de la première assemblée, devant se prononcer sur l'opération. Les indications publiées diffèrent bien entendu selon le projet concerné. Les modalités de publication sont renvoyées au droit national dont les sociétés participatives relèvent. Néanmoins, l'objectif reste le même. L'information doit être diffusée et circuler dans les différents Etats où se trouvent les sociétés promouvant la constitution d'une SE⁷⁴². La publicité est l'une des pièces maîtresses de la construction du droit de l'Union européenne⁷⁴³. Elle est un élément de sécurité aussi bien qu'incomparable qu'incontournable.

587. Les modalités de publication du projet de constitution d'une SE par voie de *holding*, a lieu selon celles prévues par la loi de l'Etat⁷⁴⁴ pour chacune des sociétés promouvant l'opération. Dès lors, le projet de constitution d'une SE *holding* fait l'objet, pour chaque société immatriculée en France qui participe à l'opération, d'un avis. Il est

⁷⁴² En France, les vecteurs de la publicité légale sont d'une part, les journaux d'annonces légales ayant pour mission d'assurer une information de proximité. D'autre part, le greffe du tribunal de commerce, chargé de la tenue du registre du commerce et des sociétés (RCS), assurant une information sur demande. Et enfin, le BODACC, qui rend compte des enregistrements faits dans les greffes.

⁷⁴³ B. LECOURT, *L'influence du droit sur la constitution de groupements*, op. cit., n° 474 s.

⁷⁴⁴ Les sociétés immatriculées en France participant à la constitution d'une SE *holding* sont soumises aux formalités de publicité fixées par le décret n° 2006-448 complétant l'article L 229-5 du Code de commerce. Les modalités prévues sont conformes à l'article 3 de la directive 68/151/CEE

inséré d'une part, dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans le département du siège social, et d'autre part au Bulletin des annonces légales obligatoires. Ceci, lorsque les actions, de l'une au moins de ces sociétés, sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou lorsque les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative⁷⁴⁵. En outre, le projet de constitution, des sociétés immatriculées en France, doit être déposé au greffe du tribunal de Commerce dans le ressort duquel la société est immatriculée. L'ensemble de ces informations doivent être déposées et publiées un mois au moins avant la date de la première assemblée appelée à statuer sur l'opération⁷⁴⁶.

588. Quant au projet de constitution d'une SE par voie de transformation d'une SA immatriculée en France, il fait l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, dans le département du siège social, ainsi qu'au Bulletin des annonces légales obligatoires. Avec la réserve que les actions de la société soient admises aux négociations sur un marché réglementé ou lorsque ses actions ne revêtent pas toutes la forme nominative⁷⁴⁷. En outre, ce projet doit être déposé au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société est immatriculée⁷⁴⁸. La publication du projet et son dépôt doivent avoir lieu un mois au moins avant la date de la première assemblée appelée à statuer sur l'opération⁷⁴⁹.

589. Il en est de même en cas de constitution d'une SE par voie de fusion. Le dépôt et la publication du projet de constitution, doivent avoir été effectués un mois au moins avant la date de la première assemblée, appelée à statuer sur l'opération de constitution de cette société par voie de fusion⁷⁵⁰. Le projet de constitution d'une SE par voie de fusion, élaboré par une société relevant du droit français, doit être d'une part publié au BODACC⁷⁵¹, et d'autre part au BALO, si la société fait appel public à

⁷⁴⁵ Article R 229-15 alinéa 1^{er} du Code de commerce

⁷⁴⁶ Dernier alinéa de l'article R 229-15 du Code de commerce.

⁷⁴⁷ Par ailleurs, l'article R 229-20 du Code de commerce, indique les différents éléments qui doivent figurer sur l'avis.

⁷⁴⁸ Article L225-245-1 alinéa 2 du Code de commerce.

⁷⁴⁹ La période qui sépare la publication et le dépôt du projet de constitution de la SE par voie de transformation, est établie par l'article R 229-20 du Code de commerce. Par ailleurs toutes les modalités de publication sont prévues par ce même article.

⁷⁵⁰ Dans le silence du Règlement SE, il faut se référer au dernier alinéa de l'article R 236-2 du Code de commerce.

⁷⁵¹ Le BODACC est le bulletin où doivent être insérés aussi bien les avis prévus par les articles R 123-31 et suivants du Code de commerce sur le RCS, que ceux prévus par le même code et par tous les autres textes législatifs ou réglementaires, tel que par l'article R 123-209 du Code de commerce le décrit.

l'épargne⁷⁵². En outre, le projet de constitution doit être déposé au greffe du Tribunal de Commerce, du lieu du siège social de chacune des sociétés immatriculées en France, qui participe à la constitution de la SE⁷⁵³.

590. En effet, selon le Règlement SE, chacune des sociétés qui projettent de constituer une SE par voie de fusion, doit publier son projet dans le bulletin de national de l'Etat dont chacune relève, sous réserve des exigences supplémentaires exigées de l'Etat membre dont relève la société « désireuse de fusionner »⁷⁵⁴. Ainsi, la forme, la dénomination sociale et le siège statutaire de chacune des sociétés qui fusionnent, et de la SE qui en est issue, doivent être publiés au BODACC de chacune des sociétés promouvant l'opération. De même, les modalités d'exercice des droits des créanciers et des actionnaires minoritaires des sociétés concernées doivent être mentionnées, de manière à ce qu'une information exhaustive apparaisse.

591. Cependant, les différents éléments précédemment cités qui figurent à l'article 21 du Règlement SE, ne sont pas les seuls à faire l'objet d'une publication. Les sociétés participant à la constitution de la société, doivent respecter les exigences supplémentaires formulées par l'Etat membre dont relève la société concernée. En conséquence, l'avis publié doit également contenir les indications énumérées par le droit national des fusions nationales. Ces indications ont principalement trait aux modalités relatives aux actions⁷⁵⁵.

⁷⁵² Conformément à la Rép. Min. n° 24842, publiée au JO du 28 février 2006, p. 3229, et à la Rép. Min. n° 16779, JOANQ 1^{er} juillet 2008, p. 5631 NB, qui confirme la précédente, les règles de publicité de droit commun des fusions, s'applique à la publication du projet de constitution d'une SE par voie de fusion. En conséquence, les mesures de publicité décrites dans l'article R 236-2 du Code de commerce, s'appliquent.

Cependant, selon l'article R 236-2-1 du même Code, l'insertion par l'article R 236-2 du Code de commerce n'est pas requise lorsque pendant une période ininterrompue commençant au plus tard trente jours avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion ou de scission, la société publie sur son site internet le projet de fusion ou de scission, dans des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents. En revanche, lorsque le site internet n'est plus accessible pendant une période ininterrompue d'au moins vingt-quatre heures, le projet de fusion ou de scission fait l'objet d'un avis publié, sans délai, selon les modalités de l'article R 236-2 du même Code.

⁷⁵³ De plus, le registre auprès duquel les actes visés à l'article 3 § 2, de la directive 68/151/CEE⁷⁵³ ont été déposés pour chacune des sociétés qui fusionnent, ainsi que le numéro d'inscription dans ce registre, doivent également être publiés BODACC.

⁷⁵⁴ Ainsi, l'article 21 du Règlement SE, renvoie à la législation nationale, de chacune des sociétés, pour les modalités de publication d'un projet de constitution d'une SE par voie de fusion. Toutefois, cet article précise les différents éléments qui font l'objet d'une publication.

⁷⁵⁵ En effet, selon l'article R 236-2 du Code de commerce, l'avis dont fait l'objet le projet de fusion, doit contenir, « 1° La raison sociale ou la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège, le montant du capital et les mentions prévues aux 1° et 2° de l'article R 123-237 pour chacune des sociétés participant à l'opération ; 2° La raison sociale ou la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège et le montant du capital des sociétés nouvelles qui résultent de l'opération ou le montant de l'augmentation du capital des sociétés existantes ; 3° L'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ; 4° Le rapport

En effet, l'avis publié doit faire apparaître le rapport d'échange des actions et, le cas échéant, le montant de la soulte ; avec les modalités de remise des actions de la SE ; ainsi que la date à partir de laquelle ces actions donnent le droit de participer aux bénéfices et pour finir toute autre modalité particulière relative à ce droit.

592. Enfin, en ce qui concerne le dépôt du projet de transfert du siège social de la SE (immatriculée en France), il présente des dispositions similaires à celles qui accompagnent le dépôt du projet de constitution d'une SE. Cependant, il existe une différence notable, quant au délai qui sépare la publication du projet et sa soumission au vote des associés. Un mois avant que l'assemblée générale extraordinaire se prononce sur le transfert du siège social de la société, les actionnaires et les créanciers de la SE peuvent obtenir sur simple demande de leurs parts (et gratuitement) des documents dans le but d'examiner le projet de transfert et le rapport⁷⁵⁶. Ainsi, d'une part, les associés pourront voter en connaissance de cause, après avoir fait mûrir leurs réflexions, et d'autre part, les créanciers pourront, au terme de l'examen du projet, décider ou non de former une opposition à l'opération⁷⁵⁷. Une disposition similaire existe au bénéfice des associés et des créanciers, des sociétés créatrices d'une SE par voie de fusion⁷⁵⁸.

593. La mise à disposition de ces documents doit avoir lieu un mois avant l'assemblée générale. En revanche, la décision de transfert ne peut intervenir que deux mois après la publication du projet de transfert⁷⁵⁹. En conséquence, le projet (complété du rapport) est déposé au greffe du Tribunal dans le ressort duquel la société est immatriculée. Ce deux mois au moins avant la date de la première assemblée appelée à statuer sur le transfert. Il fait l'objet d'un avis au journal d'annonces légales du département du siège de la SE immatriculée en France, ainsi qu'au BALO, si la société fait appel public à l'épargne ou si ses actions ne revêtent pas toutes la forme nominative⁷⁶⁰.

d'échange des droits sociaux ; 5° Le montant prévu de la prime de fusion ou de scission ; 6° La date du projet ainsi que les date et lieu des dépôts prescrits par le premier alinéa de l'article L 236-6 ».

⁷⁵⁶ Article 8 § 4 du Règlement SE.

⁷⁵⁷ L'examen des documents ne peut se faire qu'au siège de la société. Cette disposition n'a pas pour but de préserver les stratégies de la société. En effet, une copie de ces documents peut leur être fournie gratuitement sur simple demande de leur part.

⁷⁵⁸ L'article R 226-3 du Code de commerce prévoit la mise à disposition de documents un mois avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet.

⁷⁵⁹ Le délai qui sépare la publication du projet et la décision du transfert est prévu par l'article 8 § 6 du Règlement, et il est repris par le dernier alinéa de l'article R 229-3 du Code de commerce.

⁷⁶⁰ Par ailleurs, selon l'article R 229-3 du Code de commerce, cet avis doit indiquer les mentions prévues pour la modification des statuts, ainsi que les différentes mentions figurant dans ce même article, parmi lesquelles, les mentions prévues aux 1^{er} et 2^{es} alinéas de l'article R 123-237 du même Code. En effet, l'article

594. Contrairement aux différents mode de constitution d'une SE, le délai de publication du projet de transfert, est de deux mois avant la date de la première assemblée appelée à statuer. Le délai est donc allongé de un mois.

595. Ces différents délais impartis permettent, entre autre, aux associés de faire mûrir leurs réflexions. En effet, ce n'est qu'à la suite de l'écoulement de ces délais, que le projet de constitution d'une SE, ou de son transfert, pourra être soumis aux assemblées générales extraordinaires des associés.

B) La soumission du projet de constitution d'une SE ou du transfert du siège social de la SE aux actionnaires

596. Le passage au crible au moment de la soumission du projet de constitution de la société, n'est pas une chose aisée. En effet, les différents éléments afférant à la prise de décision de l'assemblée générale, comportent des zones d'ombres que nous allons tenter d'éclaircir. Afin d'y parvenir, il convient de décortiquer le moment de la prise de décision, par les associés, du projet qui leur est soumis. Ceci, selon le mode de constitution choisi. Puisque les différents éléments qui composent la prise de décision de l'opération de transfert de la SE, soulèvent les mêmes difficultés que celles qui existent pour la décision de la constitution d'une SE, elles seront également étudiées ci-après.

597. Tout d'abord, en ce qui concerne le projet de constitution d'une SE *holding*⁷⁶¹, il doit être approuvé par l'assemblée générale de chaque société. Les conditions de quorum et de majorité ne sont précisées ni par l'article 32 §6 du Règlement SE, ni par l'article L 229-5 du Code de commerce. Néanmoins, les statuts des sociétés créatrices d'une SE *holding*, ne subissent pas de modification malgré le changement du contrôle de ces sociétés. Dès lors, on peut *a priori* en déduire, que l'assemblée générale ordinaire des actionnaires de ces sociétés est compétente dans les conditions prévues par l'article L 225-98 du code de commerce⁷⁶² pour celles qui ont leurs sièges en France⁷⁶³.

8 §2 du Règlement, mentionne les différents éléments devant figurer dans le projet de transfert. Cependant selon ce même article, ces modalités sont sans préjudice de formes de publicité additionnelles prévues par l'Etat membre du siège.

⁷⁶¹ L'immatriculation de la SE peut être subordonnée à l'approbation des modalités décidées (prises conformément aux dispositions de la directive 2001/86/CEE).

⁷⁶² L'assemblée générale ordinaire prend toutes les décisions autres que celles visées aux articles L 225-96 et L 225-97.

598. En outre, le risque d'augmentation des engagements des associés est moindre car la seule décision des assemblées générales des sociétés qui promeuvent l'opération ne suffit pas pour créer la *SE holding*. En effet, contrairement aux autres voies de constitution d'une SE, la prise de décision collective est suivie de celle individuelle des actionnaires (ou autres porteurs de parts). Si les associés n'apportent pas à la SE le pourcentage minimum de droits sociaux fixés dans le projet, la SE ne peut pas être constituée.

599. Par conséquent, le vote de l'assemblée général ne les oblige pas à apporter leurs titres à la *SE holding*⁷⁶⁴. Dès lors, le risque pour les associés d'une société créatrice de SE par voie de *holding*, de se voir imposer une augmentation d'engagement est minime, puisque c'est à eux (les actionnaires ou porteurs de parts individuels) que revient le dernier mot⁷⁶⁵. L'assemblée générale ordinaire des actionnaires est donc compétente pour statuer sur le projet de constitution de SE.

600. Contrairement aux autres formes de constitution de la SE, la seule prise de décision collective ne suffit pas, puisque un pourcentage minimal d'actions ou parts de chaque société, fixé conformément au projet de constitution, doit être apporté⁷⁶⁶. Cet élément supplémentaire, tient à l'essence même de la *SE holding*⁷⁶⁷.

601. Les actionnaires ou porteurs de parts ont trois mois pour informer les sociétés de leurs intentions d'apporter leurs actions ou parts en vue de constituer la SE⁷⁶⁸. Selon le Règlement SE, le délai court à compter de l'acte de constitution de cette société. L'acte de

Elle ne délibère valablement sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote. Dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, les statuts peuvent prévoir un quorum plus élevé. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis.

Elle statue à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés.

⁷⁶³ M. MENJUCQ, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *op. cit.*, p. 253, n° 30 ; M. MENJUCQ, « La société européenne », *op. cit.*, p. 225.

⁷⁶⁴ P. NICAISE, « La constitution de la société européenne », in *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruylant, 2005, p. 92.

⁷⁶⁵ P. NICAISE, *ibid*, p. 92.

⁷⁶⁶ Article 33 du Règlement directive 2001/86/CEE.

⁷⁶⁷ En effet, selon le § 2 de l'article 32 du Règlement, les actionnaires de chacune des sociétés créatrices d'une *SE holding*, doivent apporter plus de 50 % des droits de vote permanents. Voir supra.

⁷⁶⁸ Néanmoins, ceux qui n'ont pas communiqué leur intention ont encore un mois pour le faire. Article 33 § 3 du Règlement SE.

constitution conditionne le départ du délai. Il correspond au jour d'approbation du projet de constitution d'une SE *holding* par l'assemblée⁷⁶⁹.

602. La législation française a mis un terme au flou entourant ce point de départ. Ainsi, le délai de trois mois court à compter de la publication de l'avis, qui fait état de la décision de l'assemblée générale. En effet, la délibération de l'assemblée générale de chaque société qui participe à la constitution de la SE *holding* fait l'objet d'une publicité⁷⁷⁰. Cet avis doit être inséré, par chacune d'entre elles, dans un journal d'annonces légales du département de son siège, ainsi qu'au BALO si la société fait appel public à l'épargne ou si ses actions ne revêtent pas toutes la forme nominative.

603. Enfin, lorsque les associés ont apporté le pourcentage de titres fixé dans le délai requis, alors toutes les conditions sont réunies. Chaque société participant à la création de la SE *holding*, doit en faire part en insérant un avis. Dès lors, chaque société immatriculée en France qui participe à l'opération fait insérer un avis dans un journal habilité à recevoir des annonces légales au niveau national ainsi qu'au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales⁷⁷¹.

604. Les associés des différentes sociétés apportent leurs titres et reçoivent en contrepartie des actions de la SE⁷⁷². Le pourcentage d'actions ou de parts apportés par chaque actionnaire, correspond aux parts ou actions qu'il recevra.

⁷⁶⁹ En effet, l'approbation du projet par l'assemblée générale, clôt la procédure décrite dans l'article 32 du Règlement SE.

⁷⁷⁰ En effet, selon l'article R 229-18 du Code de commerce, la décision de l'assemblée générale de chaque société immatriculée en France qui participe à la constitution de la société européenne *holding* fait l'objet d'un avis inséré. En outre, ce même article précise les différentes indications qui doivent figurer dans cet avis. Ainsi, doivent y apparaître, « 1° La date de l'assemblée générale extraordinaire ; 2° L'adresse du siège social ; 3° Les modalités suivant lesquelles les actionnaires et porteurs de parts communiquent aux sociétés promotrices leur intention d'apporter leurs actions ou parts en vue de la constitution de la société européenne et le délai de trois mois qui leur est conféré à compter de la publication de l'avis pour y procéder ».

⁷⁷¹ Selon l'article R 229-19 du Code de commerce, cet avis doit comporter, d'une part, la date du projet et de sa publication. D'autre part, la date de l'assemblée générale ayant approuvé le projet de constitution. Et enfin la date à laquelle les actionnaires ou associés ont apporté le pourcentage de parts ou d'actions en vue de la constitution de la SE.

Pour chacune des sociétés, selon le § 3 de l'article 33 du Règlement SE, cet avis est publié selon les modalités prévues par le droit national dont relève chacune de ces sociétés, conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE.

⁷⁷² Article 33 du Règlement SE.

605. Cela semble signifier que se sont les actionnaires des sociétés participant à la création d'une SE qui sont les actionnaires de la SE holding et non les sociétés elles-mêmes.

606. Quant à la constitution d'une SE par voie de fusion, ce projet établi par les organes de direction ou d'administration des sociétés qui fusionnent, doit être approuvé par chaque assemblées générales des sociétés⁷⁷³. Cependant, le Règlement SE ne précise ni le quorum, ni la majorité requise. Chacune des sociétés initiatrices d'une SE par voie de fusion, sont donc soumises à la législation de l'Etat membre dont elles relèvent.

607. En effet, l'article 18 du Règlement renvoie aux dispositions du droit de l'Etat membre dont relève les sociétés initiatrices et, qui sont applicables à la fusion de SA⁷⁷⁴. Dès lors, les associés d'une société relevant du droit français et participant à ce type d'opération, décident de sa faisabilité, à la même majorité requise que pour une modification des statuts⁷⁷⁵. En somme, la décision doit être prise par l'assemblée générale extraordinaire à la majorité des deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés⁷⁷⁶.

608. La décision de constitution d'une SE par voie de fusion, ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité spécifique. En effet, l'article 28 du Règlement renvoie au droit national des sociétés participant à la constitution d'une SE par voie de fusion, pour la publicité de la réalisation de cette opération. Les sociétés françaises participant à l'opération, doivent appliquer les mesures existantes dans le droit français des fusions internes⁷⁷⁷.

⁷⁷³ En outre, selon le même article 23 du Règlement SE, les assemblées des différentes sociétés constituant une SE par voie de fusion, peuvent subordonner leurs décisions à l'adoption des modalités décidées en matière d'implication des travailleurs dans la SE.

⁷⁷⁴ Voir infra.

⁷⁷⁵ Pourtant, l'assemblée générale extraordinaire des associés, n'est pas habilitée à voter une modification statutaire pouvant conduire à un risque d'engagement des associés. En effet, l'unanimité des associés, est alors requise. Cependant, la constitution d'une SE par voie de fusion semble conduire à un simple aménagement des droits des associés. Par conséquent, aux vues de la jurisprudence, l'exigence d'unanimité ne semble pas légitime car il n'existe pas de risque d'augmentation des engagements des associés. Voir supra.

⁷⁷⁶ Par ailleurs, selon l'article L 225-96 alinéa 2 du Code de commerce, elle ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés.

⁷⁷⁷ Voir supra les modalités prévues pour la publicité de la réalisation de la fusion n° 589.

609. Ensuite, en ce qui concerne l'adoption du projet de constitution d'une SE par voie de transformation, le Règlement SE ne traite pas des modalités d'approbation de ce projet par les actionnaires. L'article 37 § 7 de ce même texte, renvoie au droit national applicable à l'approbation des projets de fusion interne⁷⁷⁸. En effet, cet article renvoie aux conditions prévues à l'article 7 de la directive 78/855/CEE⁷⁷⁹. Selon l'alinéa 2 de l'article L 236-2 du Code de commerce, le projet de fusion doit être adopté dans les mêmes conditions qu'une modification des statuts de la société.

610. Par ailleurs, en droit français, le dernier alinéa de l'article L 225-245-1 du Code de commerce, relatif à la transformation d'une SA en SE, renvoie à l'article L 225-96 du même code, quant aux modalités de prise de décision de cette opération. Cet article a également pour objet les conditions de modification des statuts⁷⁸⁰. Par conséquent, le projet de transformation d'une SA française en SE, est décidé par l'assemblée générale extraordinaire, à la majorité des deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés⁷⁸¹.

En effet, selon la réponse du Ministère de la justice publiée dans le JO Sénat du 28 décembre 2006 p. 3229 (à la question écrite n° 24842 de M Jean Guy Branger publiée dans le JO Sénat du 28 décembre 2006 p. 3229), en cas de constitution d'une SE par voie de fusion, la procédure applicable est celle prévue par le code de commerce et les décrets du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales et du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés, sous réserve des dispositions contraires du règlement. Ainsi, dans l'hypothèse visée à l'article 28 du règlement SE qui fait obligation à chaque société qui fusionne de faire une publicité sur la réalisation de la fusion selon les modalités prévues par chaque Etat membre, il y a lieu d'appliquer les dispositions du décret du 23 mars 1967 et du décret du 30 mai 1984 sur les formalités de publicité (publication d'avis relatifs aux statuts, déclaration et inscriptions modificatives au registre du commerce et des sociétés, insertions au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales...).

⁷⁷⁸ Toutefois selon l'article 37 § 8 du Règlement SE, « les États membres peuvent subordonner une transformation au vote favorable d'une majorité qualifiée ou de l'unanimité des membres au sein de l'organe de la société à transformer dans lequel la participation des travailleurs est organisée ».

Mais l'option n'a pas été levée par le législateur français.

⁷⁷⁹ En effet selon cet article, « 1. La fusion requiert au moins l'approbation de l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent. Les législations des États membres disposent que cette décision requiert au moins une majorité qui ne peut être inférieure aux deux tiers des voix afférentes soit aux titres représentés, soit au capital souscrit représenté. Toutefois, la législation d'un État membre peut prévoir que, lorsque la moitié au moins du capital souscrit est représentée, une majorité simple des voix indiquées au premier alinéa est suffisante. En outre, le cas échéant, les règles relatives à la modification des statuts s'appliquent. ; 2. Lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, la décision sur la fusion est subordonnée à un vote séparé au moins pour chaque catégorie d'actionnaires aux droits desquels l'opération porte atteinte. ; 3. La décision à prendre porte sur l'approbation du projet de fusion et, le cas échéant, sur les modifications des statuts que sa réalisation nécessite ».

⁷⁸⁰ L'article L 225-245-1 du Code de commerce renvoie également à l'article L 225-99 du même code qui porte sur les assemblées spéciales de titulaires d'actions d'une catégorie déterminée. Elles statuent dans les conditions de l'article L 225-96 du même Code, autrement dit dans les conditions de l'assemblée générale extraordinaire.

⁷⁸¹ Le quorum requis est prévu à l'alinéa 2 de l'article L 225-96 du Code de commerce. Selon ces termes l'assemblée « ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à

611. Enfin, la décision de l'assemblée générale extraordinaire de constituer une SE par voie de transformation, ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité spécifique. En effet, la transformation d'une SA en SE immatriculée, est publiée dans les mêmes conditions prévues que pour la transformation d'une SA⁷⁸². Les modalités de publication de la décision sont les mêmes qu'en cas de modification des statuts⁷⁸³.

612. Pour ce qui est des modalités d'adoption du projet de transfert du siège social de la SE, elles ne sont pas non plus renseignées par le Règlement SE. En effet, le § 6 de l'article 8 relatif à la décision de transfert du siège social, renvoie à l'article 59 de ce Règlement qui lui-même renvoie aux législations nationales. Il laisse une certaine marge de manœuvre quant aux modalités de vote de la décision du transfert de siège, ainsi que pour l'organe compétent en la matière. Aussi, selon l'article L 225-96 du Code de commerce, comme les modifications des statuts, le transfert de siège social ne peut être décidé que par l'assemblée générale extraordinaire des associés. La législation française tout comme le Règlement SE prévoit qu'elle ne peut statuer qu'à la majorité des deux tiers des voix (dont disposent les actionnaires présents ou représentés)⁷⁸⁴.

613. Pourtant cette opération peut conduire à un risque d'augmentation d'engagements des associés. En effet, suite au transfert du siège social, la *lex societatis* change. La loi applicable à la société au lieu du nouveau siège social, garantit peut-être moins bien les droits des associés. Néanmoins, il semble qu'il ne s'agisse que d'un simple aménagement des droits des associés⁷⁸⁵. Par conséquent, la décision peut être prise à la majorité des deux tiers.

celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés ».

⁷⁸² En effet, l'article R 229-22 du Code de commerce renvoie à l'article R 225-165 du même code, selon lequel, « la transformation de la société fait l'objet de la publicité prévue en cas de modification des statuts ».

⁷⁸³ En effet, selon l'article R 210-9 du Code de commerce, si l'une des mentions de l'avis prévu à l'article R 210-3 est frappée de caducité par suite de la modification des statuts ou d'un autre acte, délibération ou décision, la modification intervenue est publiée dans les conditions prévues à l'article R 210-3.

Le changement de forme de société constitue une modification statutaire. Par conséquent, cette modification fait l'objet d'une publication conformément aux conditions prévues à l'article R 210-3 du Code de commerce, et aux autres mentions prévues à l'article R 210-9 du même Code.

⁷⁸⁴ Le législateur français n'a pas levé l'option autorisant une majorité plus élevée. De même, l'Etat français n'a pas opté pour la disposition lui permettant de prévoir une majorité simple des voix, lorsque la moitié au moins du capital souscrit est représenté. Voir supra.

⁷⁸⁵ Cependant, en cas de doute, quant au risque d'augmentation des engagements, il convient d'analyser la situation « au cas par cas ». En effet, il faut comparer les droits et obligations des actionnaires avant et après le transfert envisagé, afin de savoir si la mesure peut être adoptée à la majorité des deux tiers, et non à l'unanimité. Voir supra.

614. Quant au quorum permettant à l'assemblée générale extraordinaire des associés de délibérer valablement, il n'est pas non plus prévu par le Règlement SE. Il faut se référer à l'article L 225-96 du Code de commerce, selon lequel les actionnaires présents ou représentés doivent posséder au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote⁷⁸⁶. En revanche, dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés.

615. Enfin, la décision de transfert prise par l'assemblée générale extraordinaire fait l'objet d'un avis. En effet, selon l'article R 229-5 du code de commerce, elle fait l'objet d'un avis inséré dans un journal d'annonces légales du département du siège social, ainsi qu'au BALO si la société fait appel public à l'épargne ou si ses actions ne revêtent pas toutes la forme nominative⁷⁸⁷.

616. Pour ce qui est des actionnaires en désaccord, qu'il s'agisse de la création d'une SE quelque-soit son mode, ou du transfert de siège social d'une SE dans un autre Etat membre, il appartient à chaque Etat membre de déterminer si ces actionnaires minoritaires peuvent bénéficier d'une protection spécifique⁷⁸⁸.

617. La délibération prise par l'organe compétent selon la voie de constitution choisi, fait l'objet d'une publicité identique à celle réalisée pour le projet. Ce, quelque-soit le mode de constitution de la société.

618. Comme l'illustre la procédure de constitution d'une SE et celle du transfert de son siège social, le Règlement SE recours au droit national. Bien que la SE soit principalement rattachée à son Règlement, les renvois vers le droit national nécessitent un rattachement subsidiaire à un Etat membre.

⁷⁸⁶ Et à défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée.

⁷⁸⁷ Par ailleurs, cet avis doit comporter la date de l'assemblée générale extraordinaire et l'adresse du nouveau siège.

⁷⁸⁸ Voir supra.

Conclusion du chapitre I

619. Depuis les premiers projets du Règlement SE, le rattachement juridique de la SE a évolué vers un texte réaliste et pragmatique, notamment par une d'harmonisation européenne des droits nationaux des SA en amont. La complexité du recours exclusif à des règles matérielles est remplacée par un ensemble de règles matérielles et de conflit. Sa répartition est orchestrée de façon limpide par le Règlement SE.

620. Les mesures qui ne soulèvent pas de difficultés particulières ou celles issues d'une harmonisation européenne, sont souvent renvoyées au droit national. Le processus de constitution d'une SE et celui de son transfert de siège social dans un autre Etat membre, en sont une bonne illustration.

621. Ces procédures de constitution d'une SE, et celle de son transfert, sont innervées par l'information. Cette exigence de transparence peut sembler rébarbative, pourtant la publicité est un élément de sécurité « incomparable » et, elle assure le fonctionnement loyal des transactions commerciales⁷⁸⁹. En conséquence, que ce soit directement ou à travers le renvoi aux mesures adoptées ou existantes dans les législations nationales, l'insistance du Règlement sur l'information des tiers⁷⁹⁰ et des associés, n'a rien de surprenant. Elle fait l'objet de plusieurs directives et la CJUE lui confère un rôle primordial⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ En effet, selon la CJUE, « les données pertinentes doivent figurer de manière explicite dans des registres ou recueils officiels, même si certaines d'entre elles découlent de plein droit de la législation nationale ou peuvent paraître évidentes », CJCE, 12 novembre 1974, *cf. Friedrich Haaga Gmhb*, affaire 32/74, Rec., p. 1201 ; C. SAINT-ALARY HOUIN, note sous CJCE, 12 novembre 1974, *Friedrich Haaga Gmhb*, affaire 32/74, RTD com., 1975, p. 122.

⁷⁹⁰ Les dirigeants des sociétés participant à la constitution de la société européenne, sont également débiteurs d'informations envers les salariés. Elles doivent être transmises dans le délai d'un mois à compter de la publication du projet de constitution d'une SE. Voir infra.

De même, les sociétés participant à la constitution d'une SE ou au transfert de siège social d'une SE dans un autre Etat membre, sont débitrices d'informations envers les créanciers des sociétés.

⁷⁹¹ B. LECOURT, *L'influence du droit sur la constitution de groupements*, op. cit., n° 474.

Chapitre II : Le rattachement de la SE à un Etat membre

622. Il est essentiel de déterminer le rattachement d'une société à un Etat car il désigne la loi applicable de cette société. Par conséquent, déterminer le rattachement étatique de la SE désigne sa loi applicable, ou *lex societatis*. En effet, la SE n'est pas exclusivement régie par les dispositions du Règlement. Elle est aussi rattachée à celles d'un ordre national. Il devient essentiel de connaître les critères de rattachement de la SE à un Etat membre (**section 1**).

623. Contrairement à une SE, le siège statutaire et réel d'une société de droit national, n'ont pas à se trouver dans le même Etat membre. Le siège effectif de direction, ou administration centrale, de la société, peut se situer dans un Etat membre différent de celui indiqué dans ses statuts. Ainsi, une société de droit national semble bénéficier d'un avantage par rapport à la SE. Le critère de rattachement de la SE à un Etat peut *a priori* sembler paradoxal au regard de la jurisprudence de la CJUE (**section 2**).

Section 1 : Les critères de rattachement de la SE à un Etat membre

624. Le lieu du siège social de la société, en d'autres termes le lieu d'immatriculation de la société, désigne la loi applicable à cette même société. Ainsi, chaque fois que le Règlement SE renvoie vers le droit national⁷⁹², la loi française s'applique si le siège social de la SE se situe sur le territoire français. Ce principe ne souffre d'aucune contre-indication, puisque le siège statutaire et réel de la société ne peuvent être dissociés.

625. En effet, que le lieu d'immatriculation soit adepte du système d'incorporation ou de la théorie du siège réel, importe peu, la SE doit conserver l'unité de son siège social (§ 1). En outre, puisque le lieu du siège social de la société désigne la loi applicable chaque fois que le Règlement SE fait défaut, la question de la nationalité de la SE semble facultative. Cependant, déterminer la nationalité d'une société et déterminer la loi

⁷⁹² Le renvoi vers le droit national n'est pas toujours explicite, il peut avoir lieu en raison de l'absence de dispositions applicables. Voir *supra*.

applicable à une société, sont des problèmes distincts. L'épineuse question de la nationalité de la SE sera abordée (§ 2).

§ 1 : La détermination du siège social de la SE

626. Le Règlement SE exige que l'unité du siège social, désigné dans les statuts de la société, soit conservée. En effet, une SE ne peut pas dissocier son siège réel de son siège statutaire (A). Toutefois, ce désavantage ne devrait pas être permanent, mais cela dépend de la volonté des Etats. Cette disposition n'est pas irrémédiable, puisque l'article 63 du Règlement SE permet d'envisager un changement des dispositions du même texte. Une autre solution permettant de surmonter cet inconvénient existe. Elle passe par la création d'une filiale à actionnaire unique. Ainsi, il existe des palliatifs à l'obligation d'unité du siège social de la SE (B).

A) L'obligation d'unité du siège social de la SE

627. Il existe plusieurs critères de rattachement étatique⁷⁹³. En effet, l'article 54 du Traité FUE (ex article 48 du Traité CE) fait état de deux critères de rattachement, celui de l'incorporation ou de siège statutaire, et le critère de siège réel ou d'administration centrale. Le premier critère signifie que la loi applicable à la société est celle de son lieu d'immatriculation. Tandis que pour le second critère, la loi applicable à la société n'est pas celle de son lieu d'immatriculation, mais celle de l'Etat où se situe son administration centrale (ou centre de décision). Ces critères de rattachement sont placés sur un même pied d'égalité⁷⁹⁴.

628. En revanche, le Règlement SE semble prendre le parti du siège réel⁷⁹⁵. En effet, ce Règlement, dans son article 7, oblige la SE à situer son siège statutaire et son administration centrale, ou siège réel, dans le même Etat membre. Certains Etats membres, dont la France, vont plus loin en optant pour la disposition émise dans le même article. L'administration centrale et le siège statutaire des SE immatriculée en France ne

⁷⁹³ M. MENJUCQ, « La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et en droit », *in Droit et actualité, Mélanges en l'honneur de J. BEGUIN*, Litec, 2005, p. 499.

⁷⁹⁴ La CJUE l'a d'ailleurs rappelé *expressis verbis* dans l'arrêt CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, Affaire, 81/87, Rec., p. 5483.

⁷⁹⁵ Cf. considérant 27 du Règlement SE *in fine*

doivent pas seulement se situer sur le même territoire, elles doivent se situer dans un même lieu⁷⁹⁶.

629. Le manquement à cette obligation conduit à une série de mesures pouvant aller jusqu'à la liquidation de la société. Toutefois, avant d'en arriver à cette extrémité, un délai est fixé par le Tribunal afin que la situation puisse être régularisée. La société peut soit rétablir son administration centrale dans l'Etat membre du siège, soit procéder au transfert du siège social tel qu'il est envisagé par l'article 8 du Règlement SE. Afin que la situation ne perdure pas, la société peut être contrainte à rétablir la situation sous astreinte. Aucune autorité particulière n'est désignée pour demander au Tribunal de faire cesser cette irrégularité, n'importe quel intéressé peut le faire. Le Tribunal qui est l'autorité choisi par le droit français, fixe une durée maximale, au-delà de laquelle la liquidation est prononcée à l'encontre de la société qui n'a pas régularisée sa situation⁷⁹⁷. Par la suite, les dispositions communes à la liquidation des sociétés, prendront le relais⁷⁹⁸.

630. Les moyens déployés pour parvenir au respect de la disposition énoncée dans l'article 7 du Règlement SE, sont laissées à l'appréciation des Etats membres. Ils sont énoncés dans les § 3 et 4 de l'article 64 de ce Règlement et, adaptés au droit français dans l'article L 229-9 du Code de commerce.

631. Les autorités de l'Etat membre où se trouve le siège social ne sont pas les seules à être sollicitées. L'effectivité de ces dispositions passe par la coopération entre Etats membres. Dans le cas où l'administration centrale d'une SE se trouve en France, alors que son siège statutaire se trouve dans un autre Etat membre, le Procureur du TGI, dans le ressort duquel l'administration centrale est installée, doit informer sans délai l'Etat membre du siège statutaire. Les autorités compétentes doivent en faire de même, si la situation inverse se présente. C'est-à-dire si l'administration centrale de la SE se situe dans un autre membre, alors que la société est immatriculée en France.

632. Pourtant, les premiers projets du Règlement SE autorisaient cette société à détenir plusieurs sièges établis dans différents Etats membres. Cette disposition a été

⁷⁹⁶ Article L 229-1 alinéa 3 du Code de commerce.

⁷⁹⁷ Aux termes de l'alinéa 4 de l'article L 229-9 du Code de commerce, ces décisions sont adressées par le greffe du tribunal au procureur de la République. Le juge indique dans sa décision que le jugement est transmis par le greffe.

⁷⁹⁸ L'alinéa 3 de l'article L 229-9 du Code de commerce, renvoie aux articles L 237-1 à L 237-31 du même Code.

abandonnée dès que la société a cessé d'être uniquement rattachée à un ordre européen⁷⁹⁹. Le Règlement SE n'étant plus un ensemble de règles matérielles, cette société a cessé de détenir un statut uniforme dans tous les Etats. La nature hybride⁸⁰⁰ de la SE a été prise en compte.

633. De même, ce Règlement justifie l'association des sièges réel et statutaire d'une SE au sein du même Etat membre où est enregistrée son immatriculation⁸⁰¹, ceci en raison de l'usage répandue de la théorie du siège réel. En effet, en adoptant la théorie la plus appliquée parmi les Etats membres, le Règlement SE fait le choix de la solution la plus consensuelle parmi les Etats membres⁸⁰².

634. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant le sacre du critère du siège réel. Ce choix pour la SE, ne porte pas préjudice aux législations des Etats membres, et ne vient pas en contre des choix qui pourront être faits pour d'autres textes de l'Union européenne, en matière de droit des sociétés⁸⁰³.

635. La SE est aussi régie par les dispositions nationales du lieu de son siège statutaire. Cette disposition du Règlement SE prévient tout risque de conflit de lois. En l'absence d'une telle disposition, le rattachement mixte de la société aurait complexifié la détermination de la loi applicable à la société, dans le cas d'une dissociation de

⁷⁹⁹ A partir de la proposition du Règlement en date du 29 août 1989, le critère de rattachement est le siège social. Ainsi, selon l'article 5 du texte précédemment cité, le siège social doit être fixé à l'endroit désigné par les statuts, « ne peut être situé en dehors de la Communauté, et doit correspondre au lieu de « l'administration centrale » de la société européenne », cf. H. SYNVET, « Enfin la société européenne ? », *op. cit.*, p. 253.

En effet, auparavant, la localisation du siège social n'avait pas d'importance, en raison de l'absence de renvoi vers les droits nationaux, et l'absence de crainte pour la SE de « choix de siège artificiel » ; Th. CATHALA et K. GLEICHMANN, « Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 7.

⁸⁰⁰ Elle est de nature hybride car la SE n'est pas seulement rattachée au Règlement SE en raison des renvois vers le droit national qu'il effectue. Voir supra.

⁸⁰¹ Il s'agit là de la justification énoncée par le Règlement dans son considérant 27.

⁸⁰² D'autant que l'Allemagne est restée longtemps réticente au sujet de cette forme sociale, en raison de son système de cogestion. Ainsi, elle était « très sensibilisée sur la question des rattachements fictifs », M. MENJUCQ, « Rattachement de la société européenne et jurisprudence sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? », *D.*, 2003, 2874 ; M. MENJUCQ, « Un modèle de mobilité : la société européenne », *op. cit.*, p. 35.

⁸⁰³ L'unité des sièges réels et statutaires de la SE dans un même Etat membre, n'a pas été obtenu sans heurts. En effet, de vives réticences ont été élevées par les Etats membres ayant adopté le critère du siège statutaire. Le considérant 27 du Règlement SE a été inséré à « la demande expresse » de la délégation néerlandaise, et luxembourgeoise, afin que le contenu de l'article du Règlement SE ne constitue pas « un précédent » ; P. LECLERCQ, « La mobilité et le rattachement de la société européenne », in *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruylant, 2005, p. 193 ; M. LUBY, « La societas europaea (SE) : beaucoup de bruit pour rien (ou si peu...) ! », *op. cit.*, p. 4.

Considérant 27 du Règlement SE.

l'administration de la société avec son siège statutaire. Ce d'autant que la recherche du véritable centre de direction peut s'avérer aléatoire⁸⁰⁴. Par conséquent, une telle disposition, au moment de l'adoption du Règlement SE, évite de se demander si suite au transfert du siège réel de la société, cette dernière est rattachée aux dispositions de l'Etat où se situe son siège social ou à celles de l'Etat où se situe son siège réel.

636. La jurisprudence de la CJUE a mis fin aux craintes nées de la dissociation des sièges réel et statutaire des autres formes de sociétés, pour ce qui est de la recherche de la loi applicable à ces sociétés⁸⁰⁵. Il est à noter que cette jurisprudence de la CJUE est postérieure à « l'application » du Règlement SE dans les Etats membres.

Transition 637. Bien que la SE ne puisse pas dissocier son siège réel et statutaire dans deux Etats membres différents, elle peut malgré tout recourir à des solutions alternatives.

B) Les palliatifs à l'obligation d'unité du siège social de la SE

638. L'obligation faite à une SE que son siège réel et statutaire se retrouvent dans le même Etat membre, serait, selon certains, non conforme à des normes supérieures⁸⁰⁶. Pourtant, si l'on suit la logique de la jurisprudence de la CJUE, l'Etat de rattachement d'origine d'une société est libre de fixer les conditions de son départ⁸⁰⁷. La SE est rattachée à titre principal à son Règlement, ce dernier est donc libre de fixer les conditions de rattachement de cette dernière.

639. Hormis l'attente que l'article 7 du Règlement SE s'assouplisse en faveur d'une possible dissociation des sièges réel et statutaire, il existe une possibilité offerte par ce Règlement permettant d'aboutir au même résultat.

⁸⁰⁴ M. MENJUCQ, « La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et en droit », *op. cit.*, p. 499 s.

⁸⁰⁵ Voir *infra*.

⁸⁰⁶ Selon E. WYMMEERSCH, l'article 7 ne serait pas compatible avec l'interprétation que la CJUE a donné des articles 43 et 48 du Traité CE, E. WYMMEERSCH, « Quelques réflexions sur la *societas europaea* (SE) », in *Liber amicorum Michel Coipel*, Kluwer, 2004, p. 811-813 ; M. COIPEL, « La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne », *op. cit.*, p. 19. Dans le même sens, selon V. MAGNIER, « la consécration par le règlement de la théorie du siège réel va à rebours de l'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes sur la liberté d'établissement », *cf.* V. MAGNIER, « La société européenne en questions », *op. cit.*, p. 568.

⁸⁰⁷ Voir *infra*.

640. Une SE peut créer une filiale à actionnaire unique, qu'elle pourra immatriculer dans l'Etat membre de son choix. Cette solution est d'autant plus envisageable que sa constitution est simplifiée au minimum requis. En effet, quasiment aucune disposition du Règlement SE ne se réfère à ce mode de constitution. Excepté celle relatant son existence et la loi qui lui est applicable.

641. L'article 3 § 2 de ce Règlement offre à la SE la possibilité de créer une ou plusieurs SE filiale à actionnaire unique. Afin d'accueillir cette disposition au sein de la législation française, le législateur a édicté dans l'article L 229-6 du Code de commerce qu'une SE pouvait en constituer une dont elle est le seul actionnaire⁸⁰⁸. Certaines des dispositions applicables à la SARL lui sont également applicables car, certains de ses aspects sont plus adaptés à un actionnaire unique⁸⁰⁹. Pour autant, selon l'article L 229-6 du Code de commerce, une SE dont une SE est la seule actionnaire, est soumise aussi bien aux dispositions applicables à ce type de société, qu'à celles relatives à la SARL à associé unique, édictées par les articles L. 223-5 et L. 223-31 du même Code. L'article L 229-6 du Code de commerce édicte le régime applicable à la SE unipersonnelle. Les articles L 223-5 et L 223-31 du Code de commerce, indiqués dans le précédent article cité, précisent à leurs tours les dispositions qui n'entrent pas dans le régime de la SE unipersonnelle ou au contraire qui s'y appliquent. Ainsi, tous les articles relatifs à la SE ne sont pas applicables à cette SEU de par le fait de l'unicité de son associé⁸¹⁰.

642. De même, tous les articles relatifs à la SARL à associé unique, dite EURL, ne sont pas applicables à la SEU puisque il s'agit bien d'une SE, même si elle est composée d'un seul actionnaire. Il ne faut pas oublier que la SE a pour référence la SA et non pas la SARL. La SA unipersonnelle en France n'existe pas, aussi fait-on références à l'EURL.

⁸⁰⁸ En effet, selon l'article L 229-6 al 1^{er} du Code de commerce, par exception à l'article L 225-1 du Code de commerce, la disposition selon laquelle le nombre des associés d'une SA ne peut être inférieur à sept, ne s'applique pas.

⁸⁰⁹ En effet, selon l'article 3 § 2 du Règlement SE, une SE peut elle-même constituer une ou plusieurs filiales sous forme de SE. Les dispositions de l'Etat membre du siège statutaire de la SE filiale exigeant qu'une SA ait plus d'un actionnaire ne s'appliquent pas à la SE filiale. Les dispositions nationales adoptées conformément à la douzième directive 89/667/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 en matière de droit des sociétés concernant les SARL à un seul associé s'appliquent mutatis mutandis aux SE. Toutefois, poursuit l'article, selon l'article 2 § 1, 2 et 3 du Règlement SE, la société est considérée comme une SA relevant du droit de l'Etat membre de son siège statutaire.

⁸¹⁰ L'unique actionnaire exerce dans sa filiale les pouvoirs dévolus en principe à l'assemblée générale. En outre, dans cette même configuration, les articles L 225-25, L 225-26, L 225-72 et L 225-73 du Code de commerce ne s'appliquent pas aux administrateurs ou membres du conseil de surveillance de cette société.

643. Pourtant, l'EURL n'est pas la seule forme sociale à être adaptée à un actionnaire unique. A titre d'exemple, il existe dans le droit français la SASU. Cependant, l'EURL a fait l'objet de mesures d'harmonisation et, cette forme sociale est connue dans tous les Etats membres.

644. A travers la SE filiale, une SE peut poursuivre le même qu'objectif que celui visé dans la dissociation du siège réel et statutaire. En effet, la SE filiale peut exercer une activité économique avec des salariés, tout en étant étroitement contrôlée par la société mère⁸¹¹.

645. A l'instar du lieu du siège social, la nationalité d'une société permet de déterminer sa loi applicable. Bien que dans cette hypothèse la recherche de la nationalité de la SE s'avère inutile, cette question n'en demeure pas moins intéressante.

§ 2 : La détermination de la nationalité de la SE

646. Le système de rattachement étatique de la SE prescrit par son Règlement, semble rendre inutile l'interrogation de la nationalité de la société. En effet, le lieu d'immatriculation du siège social de la SE, désigne les règles nationales applicables à cette société. Or, la recherche de la nationalité d'une société sert à élucider la loi régissant son statut juridique. Cependant, cette recherche peut servir dans d'autres domaines (**B**), c'est pourquoi il faut tout de même appréhender la notion de nationalité d'une société (**A**).

A) Les critères de détermination de la nationalité de société

647. Les Etats sont seuls à définir les critères qui déterminent la nationalité des personnes. En effet, elle est et reste une prérogative exclusive des Etats.

648. Selon l'arrêt *Mayol Arbona*, en droit international, la nationalité des sociétés « n'est définie par aucun texte général, et « ne peut être déterminée qu'au regard des dispositions législatives et réglementaires dont l'application ou la non application à la société intéressée dépend du point de savoir si elle est ou n'est pas française »⁸¹².

⁸¹¹ R. DAMMANN, « Mobilité des sociétés et localisation des actifs », *op. cit.*, p. 41.

⁸¹² T. confl., 23 nov. 1959, *D.*, 1960, II, p. 224, note R. SAVATIER; *Rev. Crit. DIP*, 1960, p. 180, note Y. LOUSSOUARN.

649. Le droit comparé dégage quatre critères possibles pour déterminer la nationalité d'une société⁸¹³. En premier lieu, il existe celui de l'incorporation, vient ensuite celui du siège statutaire, puis celui du siège réel, et enfin celui du contrôle⁸¹⁴.

650. Des éléments dans la législation française lient la nationalité d'une société à la localisation de son siège social⁸¹⁵. Néanmoins, selon le droit international français, la nationalité d'une société est celle de l'Etat où se situe son siège réel, celui-ci correspond au siège de la direction effective⁸¹⁶. En effet, il n'existe qu'une présomption simple en faveur du siège statutaire. Dès lors, en présence d'une dissociation des sièges réel et statutaire, c'est le siège réel qui est retenu même si cette dissociation n'est pas révélatrice d'une fraude⁸¹⁷.

651. Cependant, il existe des situations où le législateur français fait prévaloir le « rattachement économique » sur la localisation. Il traite certaines sociétés comme des sociétés étrangères, alors qu'elles ont leurs sièges en France. De même, il traite des sociétés ayant leurs sièges situés à l'étranger comme des sociétés françaises⁸¹⁸. Néanmoins, ce critère n'est utilisé que pour l'application de mesures discriminatoires, afin de leur dénier le droit à se prévaloir de certaines prérogatives⁸¹⁹. C'est pourquoi dans

⁸¹³ J. BEGUIN, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 859, spéc. n° 9 ; J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international », *op. cit.*, p. 43.

⁸¹⁴ Le premier critère correspond à la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'autorité compétente a enregistré la création de la société. Le second critère correspond à la loi de l'Etat sur le territoire duquel est située l'adresse du siège figurant aux statuts. Le troisième critère correspond à la loi de l'Etat sur le territoire duquel se trouve le lieu où les organes de direction prennent juridiquement les décisions. Et enfin le quatrième critère correspond à la loi de l'Etat dont les détenteurs des capitaux, voir les dirigeants, sont eux-mêmes, majoritairement, nationaux.

⁸¹⁵ En effet, l'article L 225-97 du Code de commerce, lie la nationalité de la société à son siège social. Cela implique qu'une société possède la nationalité dictée par le lieu de son siège social. Aussi, « il est d'interprétation légitime de généraliser la solution à toutes les sociétés », et pas seulement aux SA ; cf. J. BEGUIN, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », *op. cit.*, p. 859, spéc. n°3.

⁸¹⁶ « Le rattachement d'une société à un Etat ... n'est autre que la nationalité, laquelle, pour une société, résulte de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de direction effective et présumé par le siège statutaire », Cass. Ass. Plén., 21 décembre 1990, *Direction générale des impôts, Rev. Crit. DIP*, 1992, p. 70, note DURANTON ; D., 1991, II, p. 305, concl DONTENWILLE.

⁸¹⁷ M. MENJUCQ, « La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et en droit », *op. cit.*, p. 499 s.

⁸¹⁸ J. BEGUIN, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », *op. cit.*, p. 859, n° 35.

⁸¹⁹ L'article 12 de la loi du 11 février 1982 a exclu de la nationalisation les banques dont le siège était situé en France mais dont la majorité du capital était contrôlée par des étrangers, « Toutefois, ne sont pas nationalisées : (...) Les banques dont la majorité du capital social appartient directement ou indirectement à des personnes physiques ne résidant pas en France ou à des personnes morales n'ayant pas leur siège social en France ».

certaines situations, le législateur français peut qualifier expressément une société d'étrangère, bien qu'elle ait son siège social en France.

652. De même, la jurisprudence peut dans les cas où la loi opère à une discrimination entre les sociétés françaises et étrangères, prendre en compte d'autres critères que celui de la nationalité, en particulier lorsque la société fait partie d'un groupe⁸²⁰. Néanmoins, cette exception reste ponctuelle. Elle est régie par le principe selon lequel une société immatriculée en France, et dont le siège réel est en France, est française. Par ailleurs, lorsqu'il est « de l'intérêt de l'économie française » qu'un groupe étranger constitue en France une filiale, « il ne faut pas le décourager en refusant de reconnaître à celle-ci la nationalité française qui la mettra à égalité de droits avec ses concurrents »⁸²¹.

653. Ensuite, puisque l'Union européenne n'est pas compétente pour attribuer la nationalité à une personne, elle ne peut pas non plus octroyer la qualité de citoyen européen. En effet, selon l'article 17 § 1 du Traité CE, toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre est citoyen de l'union européenne. Cette citoyenneté ne remplace pas la citoyenneté nationale.

654. La citoyenneté européenne permet de favoriser l'identification des citoyens à l'UE avec le développement d'une opinion publique et d'une identité européenne⁸²². En outre, elle permet à tout citoyen de l'Union de bénéficier d'une protection diplomatique par défaut, dans les Etats tiers où l'Etat membre dont il est ressortissant n'est pas

L'article 10 de la loi de privatisation du 6 08 1986 a limité à 20% la participation au montant total des titres de personnes morales étrangères ou « sous le contrôle étranger, au sens de l'article 355-1 de la loi du 24 07 1966 ». « Quel que soit le mode de cession, le montant total des titres cédés directement ou indirectement par l'Etat à des personnes physiques ou morales étrangères ou sous contrôle étranger, au sens de l'article 355-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, ne pourra excéder 20 p. 100 du capital de l'entreprise. Cette limite peut être abaissée par arrêté du ministre chargé de l'économie, lorsque la protection des intérêts nationaux l'exige ».

⁸²⁰ Ainsi, dans l'arrêt Remington, et dans l'arrêt Epelbaum contre Shell, la cour de cassation ne se limite de vérifier si le siège réel de la filiale est ou non en France. En effet, dans la première affaire, la cour de cassation approuve les juges du fond qui suite à un examen approfondi, décide que la filiale n'avait pas en France le centre de son exploitation et n'était pas suffisamment française pour bénéficier du renouvellement du bail. De même, dans le second arrêt, la cour de cassation approuve les juges du fond qui après avoir constaté la localisation du siège social, et apprécié *in concreto*, une série d'éléments montrant que la société était suffisamment « rattachée à l'économie française pour être déclarée française au regard du statut des baux commerciaux » ; cf. Cass. Req., 12 mai 1931, S., 1932, II, p. 57, note J.-P. NIBOYET ; Cass. 3^e civ., 10 mars 1976, Rev. Crit. DIP, 1976, p. 658, note P. LAGARDE ; J. BEGUIN, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », *op. cit.*, p. 859, spéc. n° 31.

⁸²¹ P. MAYER, *Droit international privé*, éd. Montchrestien, 5^e, p. 664.

⁸²² <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/union-europeenne/ue-citoyennete/citoyennete-europeenne/qui-est-citoyen-europeen.html>

représente⁸²³. En l'absence de précision dans les dispositions précédemment évoquées, une personne morale peut bénéficier de la citoyenneté européenne au même titre qu'une personne physique⁸²⁴.

655. De même, déterminer la nationalité d'une société permet à cette dernière de bénéficier des mêmes droits que les autres nationaux.

B) L'intérêt de la détermination de la nationalité de société

656. Selon LOUSSOUARN, la question de la nationalité d'une société « est toujours à la remorque d'une autre question dont elle commande la solution », elle ne se pose jamais à titre principal⁸²⁵. Ainsi, elle peut servir à élucider la loi régissant le statut juridique d'une société, ou les droits dont une société peut avoir la jouissance, ou encore le bénéfice de traités internationaux, ou bien la revendication de la protection diplomatique d'un Etat.

657. En conséquence, si la France a conclu un traité avec un Etat étranger, une société ne pourra en revendiquer le bénéfice, qu'une fois sa nationalité déterminée. D'ailleurs seule la « véritable » nationalité de la société doit être établie, car l'immatriculation d'une société en France ne fait que présumer de sa nationalité française⁸²⁶.

⁸²³ En effet, selon l'article 20 du Traité CE, « tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'Etat membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout Etat membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet Etat. Les Etats membres établissent entre eux les règles nécessaires et engagent les négociations internationales requises en vue d'assurer cette protection ».

⁸²⁴ Dans le même sens, « au-delà de la protection par les autorités diplomatiques et consulaires de tout Etat membre, de *lege ferenda*, il pourrait être déduit de la citoyenneté européenne de la SE, un avantage concret consistant à lui permettre de bénéficier dans tout Etat membre où elle aurait des établissements autres que son siège, des traités de commerce, d'établissement ou d'investissement conclus par ces Etats membres avec des Etats tiers. En principe, le bénéfice de tels traités bilatéraux est réservé aux sociétés ayant leur siège sur le territoire des Etats signataires car seules considérées comme ressortissantes de ces Etats. L'extension à la SE du bénéfice de ces traités, même lorsqu'elle n'aurait qu'un simple établissement caractérisant une succursale sur le territoire de l'Etat membre signataire concerné, concrétiserait le fait qu'au titre de sa citoyenneté européenne, elle serait chez elle partout où elle disposerait d'implantations », cf. M. MENJUCQ, « Le droit applicable à la SE : articulation des textes communautaires et des règles françaises », *op. cit.*, p. 27 ; M. MENJUCQ, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *op. cit.*, p. 253.

⁸²⁵ Y. LOUSSOUARN, « Nationalité de sociétés et communauté économique européenne », *op. cit.*, p. 145. Il s'agira tantôt de déterminer la loi régissant le statut juridique de la société, tantôt de déterminer les droits dont une société peut avoir la jouissance, tantôt encore de bénéficier d'un traité ou encore de revendiquer la protection diplomatique d'un Etat ; J. BEGUIN et M. MENJUCQ, (sous la direction de), *Traité de droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 174.

⁸²⁶ L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, *op. cit.*, n° 55, et n° 197.

658. Il en est de même pour que la société puisse bénéficier de la protection diplomatique. En effet, un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique qu'en faveur de « son national », car c'est ce lien de nationalité qui lie l'Etat à la personne, qui confère ce droit de protection diplomatique⁸²⁷. En revanche, il n'est pas obligatoire que la société soit sous le contrôle de nationaux de cet Etat⁸²⁸.

659. De même, l'accès à certaines activités sont restreintes, et ne sont accessibles qu'aux nationaux. En outre, il existe des différences de traitement selon que la société est française ou étrangère⁸²⁹. Il existe une liste des activités soumises à une procédure d'autorisation préalable, elle diffère selon que la société provienne d'un Etat membre ou d'un Etat tiers⁸³⁰. En effet, le droit de l'Union pose en principe celui de la liberté de circulation des capitaux et des personnes et, celui de la non-discrimination⁸³¹.

660. Ainsi, pour que la SE puisse se voir appliquer des traités bilatéraux ou multilatéraux, relatifs à la reconnaissance ou à la jouissance de droits, signés par les Etats membres avec des Etats hors Union européenne, la SE devra être considérée comme une société nationale⁸³².

661. Dans les projets antérieurs du Règlement SE, ses auteurs ont eu pour souci de dégager cette société de toute appartenance nationale déterminée et de lui donner comme

⁸²⁷ L. LEVY, *ibid*, n° 54 ; ainsi ce lien doit être établi entre l'Etat et l'individu, Arrêt *Chemin de fer Panavezis-Saldustikis* de la Cour permanente de justice internationale, 1939, série A/B n° 76, p. 16 ; ou entre l'Etat et la société, *Barcelona Traction Light and Power Company Limited*, exceptions préliminaires, Cour internationale de justice, Recueil 1964, p. 6 ; arrêt de la Cour internationale de justice, Recueil 1970, p. 3.

⁸²⁸ L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, *op. cit.*, n° 54 ; L. SIORAT, La protection diplomatique, Jurisclasseur de droit international, fasc 250 et s., n° 33, p. 9.

⁸²⁹ L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, *op. cit.*, n° 59 ; « Dans de nombreux secteurs, c'est un réflexe de sécurité qui explique la vigilance du législateur qu'il pose, pour les individus, une condition de nationalité française et, pour les sociétés, telle ou telle garantie de rattachement national, à tout le moins par leurs dirigeants » ; J. BEGUIN, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », *op. cit.*, p. 859, n° 31.

⁸³⁰ A titre d'exemple, les investissements réalisés dans l'un des secteurs mentionnés à l'article R 153-2 du Code monétaire et financier, sont soumis à autorisation. Selon l'article R 153-4 du Code monétaire et financier, cette liste et les conditions d'accès sont différentes lorsque la société provient d'un Etat membre de l'Union européenne.

⁸³¹ Voir *infra*.

⁸³² De même, encore pour l'application des compétences juridictionnelles, de l'article 16 de la Convention de Bruxelles (respectivement article 22 du règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) ; J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international privé », *op. cit.*, p. 43.

« aire géographique normale » l'ensemble des Etats membres⁸³³. Afin d'y parvenir, d'une part la SE pouvait avoir plusieurs sièges sociaux, et d'autre part, le statut de la société ne faisait l'objet d'aucun renvoi vers les droits nationaux.

662. Ensuite, à partir du moment où le statut de la SE ne dépendait plus uniquement du seul texte de son Règlement, la question de la nationalité s'est posée. L'ordre juridique auquel la société est rattachée, détermine, *a priori*, sa nationalité.

663. Toutefois, contrairement aux différentes formes sociales existant dans les Etats membres, le statut de la SE est rattaché à un texte européen. Ainsi, pour d'aucuns, l'attribution de la nationalité de l'Etat auquel la société est rattachée, pourrait sembler « artificielle ». Ce, d'autant que les sociétés à l'origine de sa création doivent être localisées dans des Etats membres différents⁸³⁴. Ainsi, la SE ne posséderait pas la nationalité de l'Etat dans lequel elle a établi son siège social⁸³⁵. A titre d'exemple, F. BLANQUET souscrit à l'analyse de C. Roth selon laquelle, la SE est une « société de nationalité européenne dont le fondement juridique est à trouver dans le droit »⁸³⁶. J. Beguin se joint également à cette analyse selon laquelle la SE a la nationalité européenne, ce malgré une certaine prudence à cet égard dans un premier temps ⁸³⁷. En effet, auparavant, selon ce même auteur, la SE doit être traitée comme une SA locale, sans pour autant prendre la nationalité de l'Etat membre où elle est immatriculée. Néanmoins, la société n'a pas de nationalité européenne puisque le législateur reste silencieux sur cet

⁸³³ « La possibilité donnée à la SE d'avoir plusieurs sièges sociaux », « est une mesure typique de la volonté de « dénationaliser » les sociétés qui prendront la forme de SE », Th. CATHALA et K. GLEICHMANN, « Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 7 s.

⁸³⁴ H. SYNDET, « Enfin la société européenne ? », *RTDE*, juin 1990, p. 253 s.

⁸³⁵ A titre d'exemple, selon Ch. ROTH la SE est une « société de nationalité européenne dont le fondement juridique est à trouver dans le droit », *cf.* Ch. ROTH, « La « *societas europea* » un outil commun de l'Union économique et monétaire », *Rev. Lamy droit des aff.*, n° 48, avril 2002, p. 22 s. Dans le même sens, F. BLANQUET, « Pourquoi créer une société européenne », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 6 s.

J. Beguin se joint également à l'analyse selon laquelle la SE a la nationalité européenne, après avoir été dans un premier temps prudent à cet égard ; *cf.* J. BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 75. En effet, auparavant, bien que la SE doit être traitée comme une SA locale sans pour autant prendre la nationalité de l'Etat membre où elle est immatriculée, la société n'a pas de nationalité européenne pour autant puisque le législateur reste silencieux sur cet aspect. Ainsi, la SE détient une « nationalité d'adoption », celle de l'Etat membre où a eu lieu son immatriculation ; J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31 s.

⁸³⁶ F. BLANQUET, « Pourquoi créer une société européenne », *op. cit.*, p. 6 s. ; Ch. ROTH, « La « *societas europea* » un outil commun de l'Union économique et monétaire », *op. cit.*, p. 22 s.

De même, J.-P. BERTREL souscrit également à cette idée même si « on est là davantage dans le domaine de la conviction que de la démonstration scientifique », *cf.* J.-P. BERTREL, « La société européenne entre son passé et son avenir », *op. cit.*, p. 50 s.

⁸³⁷ J. BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 75 s.

aspect. Ainsi, la SE détient une « nationalité d'adoption » qui est celle de l'Etat membre où se situe son immatriculation⁸³⁸. De même, pour M.-A. Frison-Roche, la SE qui est « partout chez elle », détient une véritable nationalité européenne⁸³⁹. La SE serait alors une « société anonyme européenne à variation nationale », ou encore une société « de droit européen à géométrie nationale variable »⁸⁴⁰.

664. En revanche, pour d'autres, « le caractère limité » des dispositions du Règlement SE qui s'appliquent au fonctionnement de la société, démontre que cette société est une « société de droit national de type européen plus qu'une société européenne *stricto sensu* »⁸⁴¹, ou encore « une société nationale à caractère européen » (au lieu de société européenne à variation nationale)⁸⁴².

665. Il n'en reste pas moins que, le rattachement du statut de la SE au droit national est subsidiaire. Elle ne peut pas être véritablement une société supranationale, puisqu'elle n'est pas affranchie de toute allégeance étatique. Cependant, le statut de la SE est rattaché principalement à son Règlement, par nature obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les Etats membres. Aussi, attribuer à une SE, la nationalité de l'Etat membre où elle est immatriculée ne semble pas sonner juste.

666. Les articles 9 et 10 du Règlement SE élude l'intérêt de la recherche de la nationalité de la SE, en résolvant la question de la jouissance des droits et bénéfices des traités. Il en résulte qu'une SE est traitée dans chaque Etat membre comme une SA constituée selon le droit de cet Etat où elle a son siège statutaire. Ce, sous réserve des dispositions du Règlement SE. En conséquence, d'un point de vue pragmatique, à l'égard des autres Etats membres, la société ne pourra pas être discriminée puisqu'elle sera assimilée à une société nationale chaque fois qu'un problème de « conditions des étrangers » se posera⁸⁴³.

⁸³⁸ J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31.

⁸³⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « La société européenne », *D.*, 2001, n° 3, interview, p. 290.

⁸⁴⁰ M. MENJUCQ, « La société européenne », *op. cit.*, p. 225.

⁸⁴¹ J.-M. BISCHOFF, « Aspects de droit international privé », *op. cit.*, p. 43.

⁸⁴² G. BLANC, « La société européenne : la pluralité des rattachements en question », *op. cit.*, p. 1052.

⁸⁴³ En effet, il existe des règles nationales qui discriminent et qui contiennent des solutions différentes pour les sociétés nationales et étrangères (bien que de plus en plus les Etats membres assimilent des sociétés d'un Etat de l'Union aux sociétés nationales), J. BEGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *op. cit.*, p. 31.

667. Ainsi la société bénéficie des droits accordés par l'Etat auquel elle est rattachée. Il n'existe aucune ambiguïté à cet égard puisque le siège réel et le siège statutaire de la société doivent se situer dans le même Etat membre. Cependant, les craintes liées à la dissociation des sièges réel et statutaire n'ont plus lieu d'être, au regard de la jurisprudence de la CJUE. Cette obligation désavantage la SE et la rend paradoxale.

Section 2 : Le paradoxe du critère de rattachement étatique de la SE au regard de la jurisprudence de la CJUE

668. L'article 54 du Traité FUE (ex 48 du Traité CE) laisse aux Etats membres la liberté d'opter pour un régime du siège réel ou pour celui du siège statutaire. Aucun de ces deux critères de rattachement n'est privilégié. Lorsque une société de droit national⁸⁴⁴ est rattachée à un Etat membre, elle bénéficie de la liberté d'établissement⁸⁴⁵. Elle peut, en principe, dissocier son siège social réel de son siège statutaire. Pourtant, le Règlement SE, dans son article 7, oblige la SE à situer son siège statutaire et son administration centrale, ou siège réel, dans le même Etat membre.

669. Il existe donc un paradoxe entre les exigences du Règlement SE et la position de la CJUE. Le sort des sociétés nationales semble bien plus favorable que celui de la SE. Toutefois, il ne s'agit que d'une apparence. La situation n'est pas si paradoxale que cela si l'on considère la solution *Cartesio*. L'Etat membre de départ peut s'opposer à la dissociation du siège statutaire et de l'administration centrale de la société (§ 2). En revanche, l'Etat d'accueil, lui, n'a pas d'autre choix que celui d'accueillir sur son sol, le siège social réel, dissocié du siège statutaire resté dans son Etat d'origine (§ 1).

⁸⁴⁴ Selon l'article 48 du Traité CE, les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre (celui relatif la liberté d'établissement), aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres.

Le respect de l'un des critères de rattachement suffit pour bénéficier de la liberté d'établissement.

⁸⁴⁵ Selon l'alinéa 2 de l'article 43 du Traité CE, la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'alinéa 2 de l'article 48, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.

Selon l'alinéa 2 de l'article 48 du Traité CE, on entend par société, les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.

§ 1 : L'absence d'impact de l'Etat d'accueil sur une société rattachée à un autre Etat membre

670. La jurisprudence de la CJUE élude des difficultés liées aux changements de loi applicable. En effet, la jurisprudence *Centros*, confirmée par les arrêts *Uberseering* et *Inspire Art*, permet à une société de choisir de s'immatriculer dans un Etat, sans que son siège réel et ses activités y soient situés⁸⁴⁶ (A). Par la même, elle permet de laisser aux fondateurs la liberté de choisir la loi applicable de la société au moment de sa création. Néanmoins, ni l'arrêt *Centros*, ni l'arrêt *Uberseering* n'indiquent que la législation de l'Etat du lieu d'enregistrement de la société, est applicable⁸⁴⁷. Cet élément est apporté par l'arrêt *Inspire Art*, qui permet une levée définitive des obstacles pour l'entrée dans un Etat membre (B).

A) L'obligation d'accueil du siège réel d'une société de droit national

671. Dans l'arrêt *Centros*, l'Etat danois refusait aux associés d'une société la création d'un établissement secondaire sous forme de succursale sur son territoire. Selon cet Etat, leur société (constituée et incorporée en Grande Bretagne) n'avait pas, au regard de ses propres critères, de lien de rattachement suffisant avec « l'un quelconque des Etats membres de l'Union pour pouvoir prétendre bénéficier de la liberté d'établissement secondaire et immatriculer, ainsi, une succursale de leur société au Danemark »⁸⁴⁸. En outre, selon l'Etat danois, les associés voulaient exercer l'activité principale de la société au moyen de la constitution d'une succursale (et en faire ainsi l'établissement principal réel), dans le seul but de profiter d'une législation moins contraignante⁸⁴⁹. Il y aurait donc une volonté de fraude de leur part. Il est vrai que plusieurs indices concourraient à montrer que le choix du lieu de constitution de cette société, avait été déterminé au regard de la législation britannique qui n'exigeait aucun capital minimal et n'imposait aucune condition relative à sa libération⁸⁵⁰.

⁸⁴⁶ H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 81.

Dans les trois arrêts précités, les sociétés avaient choisi *ab initio* de s'immatriculer dans un Etat alors que la société avait son siège réel et ses activités ailleurs.

⁸⁴⁷ J.- Ph. DOM, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, p. 315.

⁸⁴⁸ H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 81.

⁸⁴⁹ J. BAUERREIS, « Transfert international de siège social au regard du droit communautaire », *Petites affiches*, 2006, n° 164, p. 3.

⁸⁵⁰ R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 465 ; J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », *op. cit.*, p. 43.

672. Dès lors, la question posée ici est de savoir si le refus de l'Etat danois d'immatriculer la succursale est compatible avec les articles 43, 46 et 48 du Traité CE (les anciens articles 52, 56, et 58 du Traité de Rome). Ces articles s'opposent-ils à ce qu'un Etat membre refuse l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée ? Même si elle est en conformité avec la législation d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activité commerciale lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'Etat où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société et en éludant l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération d'un capital social minimal ?

673. Selon la CJUE, les associés peuvent librement constituer une société dans le pays de leur choix, et décider que la totalité de l'activité sociale (et la direction) soient exercées dans un autre Etat membre⁸⁵¹. C'est pourquoi, le refus d'immatriculation d'une succursale à titre d'établissement principal⁸⁵² au motif qu'elle ne respecterait pas les règles nationales relatives à la constitution de société, est contraire aux 49 et 54 du Traité FUE (ex 43 et 48 du Traité CE)⁸⁵³. Par conséquent, un Etat membre ne peut pas refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée valablement dans un autre Etat membre⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ En l'occurrence, dans l'arrêt *Centros*, l'activité sociale de la société (une *private limited company*, à peu près équivalente à une société à responsabilité limitée) immatriculée au Royaume Uni, était réalisée dans un autre Etat membre dont les associés sont ressortissants et résidents, l'Etat danois.

⁸⁵² La direction générale danoise du commerce et des sociétés considérait que, « dès lors que *Centros* n'exerçait aucune activité au Royaume Uni et que l'ensemble des activités devant être réalisé au Danemark, ce n'est pas une succursale que les époux Hyde cherchaient à créer au Danemark mais bien l'établissement principal réel de la société », M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.*, p. 550.

⁸⁵³ « Les articles 52 et 58 du Traité CE s'opposent à ce qu'un Etat membre refuse l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'Etat où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération d'un capital social minimal.

Toutefois, cette interprétation n'exclut pas que les autorités de l'Etat membre concerné puissent prendre toute mesure de nature à prévenir, ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'Etat membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'Etat membre concerné ».

⁸⁵⁴ Il s'agit plus précisément des sociétés constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union.

674. Ainsi, sauf dans l'hypothèse d'abus ou de fraude, les sociétés sont régies par le droit de l'Etat de constitution⁸⁵⁵. Le choix du rattachement juridique de la société, ne constitue pas en soi un usage abusif du droit d'établissement, sauf à remettre en question l'existence du principe de la primauté du droit de l'Union européenne⁸⁵⁶. Même si le choix de ce dernier, vise uniquement à éluder les règles relatives au capital social de l'Etat membre dans lequel les associés veulent implanter la succursale⁸⁵⁷.

675. En outre, la CJUE estime suffisant le rattachement de la société, fût-ce par son seul siège statutaire dans un Etat membre, en l'occurrence le Royaume Uni⁸⁵⁸. D'autant que le système d'incorporation dont le Royaume Uni est partisan, se contente d'une immatriculation comme critère de rattachement à sa loi nationale.

676. En effet, selon ce système une société est valablement créée dès qu'elle est constituée selon le droit d'un Etat membre, la localisation de son siège réel important peu. En revanche, le droit danois connaît, lui, le système de rattachement dit du siège réel. La régularité de l'immatriculation se réfère au droit de l'Etat de constitution et n'est pas considérée comme suffisante pour que la société soit valablement créée. Il faut alors que la société soit constituée dans l'Etat compétent c'est-à-dire dans celui où se situe son siège réel⁸⁵⁹.

677. Il est vrai qu'en l'espèce, la société est juridiquement de droit britannique, puisqu'elle est immatriculée en Grande Bretagne, mais elle est économiquement danoise, puisque l'activité sociale est exercée au Danemark. Ainsi, son lieu d'immatriculation ne

⁸⁵⁵ J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », *op. cit.*, p. 43 ; M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.* p. 550.

⁸⁵⁶ « Une disposition nationale restrictive ne peut en aucun cas recevoir application lorsqu'elle implique une solution contraire au droit ou porte atteinte à son plein effet et à son application uniforme », M. MENJUCQ, *ibid.*, p. 550 ; « La liberté d'établissement [...] ne peut être susceptible d'abus sauf à remettre en question l'existence de l'Union », J.-Ph. DOM, note sous, CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, *Bull Joly soc.*, 1999, n° 6, p. 705.

« Le fait, pour un ressortissant d'un Etat membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'Etat membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres Etats membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. En effet, le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un Etat membre et de créer des succursales dans d'autres Etats membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité » (point 27 de l'arrêt).

⁸⁵⁷ R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 465.

La direction générale du commerce et des sociétés relevant du ministère du commerce danois avait refusé d'immatriculer la succursale au motif que l'opération avait pour but d'éluder les règles danoises relatives au capital des sociétés à responsabilité limitée, M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.*, p. 550 ; G. PARLEANI, note sous CJCE, 9 mars 1999, *Rev. soc.*, 1999, p. 386.

⁸⁵⁸ H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 81.

⁸⁵⁹ M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.*, p. 550.

correspond à aucune réalité économique⁸⁶⁰. Toutefois, cela ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux⁸⁶¹ permettant ainsi à un Etat membre de dénier à cette société le bénéfice des dispositions européennes relatives au droit d'établissement. L'abus n'est pas caractérisé par le choix de la loi applicable⁸⁶².

678. Pourtant, il existe une jurisprudence européenne selon laquelle, un ressortissant d'un Etat membre peut se voir refuser le bénéfice de dispositions de l'Union européenne par le juge de droit interne. Ceci, s'il s'en prévaut abusivement ou frauduleusement dans le seul but de se soustraire à une législation normalement applicable⁸⁶³. Cependant, comme l'a précédemment rappelée la CJUE, la mise en œuvre du mécanisme de l'abus de droit (puisque'il s'agit de l'application d'une disposition de droit national), ne peut ni « modifier la portée de la disposition », « ni compromettre les objectifs qu'elle poursuit », ni même « porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme du droit »⁸⁶⁴. La liberté d'établissement a notamment pour but de favoriser la libre circulation des personnes morales, elle ne peut donc être restreinte au seul motif que certaines législations nationales sont plus attractives que d'autres. Dans le cas contraire, il faudrait renoncer à la mettre en œuvre avant « une uniformisation générale et totale » des droits des Etats membres⁸⁶⁵. Par conséquent, en choisissant d'immatriculer une société dans un Etat membre où le droit des sociétés y est moins contraignant, les associés

⁸⁶⁰ J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », *op. cit.*, p. 43.

⁸⁶¹ Depuis l'arrêt *Centros*, la CJUE recourt directement à la notion de fraude, alors que jusqu'à présent elle se contentait d'évoquer dans une même expression les « comportements abusifs et frauduleux ». Cela signifie-t-il la consécration d'un principe général de fraude dans l'ordre juridique étatique ? Oui. Tel n'est en tout cas pas le cas de l'abus de droit.

Voir *supra*.

⁸⁶² M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.*, p. 550.

⁸⁶³ D'ailleurs selon la CJUE « la protection des créanciers n'est pas atteinte dès lors qu'ils seraient dans la même situation si la société avait une activité au Royaume Uni et qu'ils sont informés que la société est régie par des règles autres que celles du droit danois », point 35 et 36 de l'arrêt. Alors que les autorités danoises soutenaient que les règles que les fondateurs associés voulaient contourner, servent à protéger les créanciers.

M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit », *op. cit.*, p. 550 ; G. Parleani, note sous CJCE 9 mars 1999, *op. cit.*, p. 386.

⁸⁶⁴ M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.*, p. 550 ; CJCE, 12 mai 1998, *A. Kefalas c/ Grèce* ???, point 22 ; R.T.D. com. 1998, p. 1000, obs. M. LUBY ; *Rev. soc.*, 1998, p. 794, note S. DANA-DEMARET ; *Dr. sociétés*, 12/998, p. 13, obs. T. BONNEAU ; *D.*, 1998, IR p. 159. Selon l'avocat général Marco Darmon « le fait pour un ressortissant d'un Etat membre de tirer parti de la souplesse du droit britannique des sociétés s'inscrit dans la logique de l'ordre juridique . En l'absence d'harmonisation, c'est la concurrence entre systèmes normatifs (compétition among rules) qui doit pouvoir s'exercer librement, même en matière de sociétés commerciales », conclusions de l'avocat général Marco Darmon (Rec. p. 2376) dans l'arrêt *Segers* en date du 10 juillet 1986 (aff. C.79/85, Rec. 2382) ; G. PARLEANI, note sous CJCE, 9 mars 1999, *op. cit.*, p. 386.

⁸⁶⁵ M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.*, p. 550.

fondateurs ne font qu'exercer la liberté au droit d'établissement, ils ne commettent donc pas d'abus.

679. D'ailleurs, il ressort de l'alinéa 1^{er} l'article 54 du Traité FUE (ex article 48 du Traité CE), que les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leurs sièges statutaires, leurs administrations centrales ou leurs principaux établissements à l'intérieur de l'Union se voient appliquées les dispositions relatives du droit d'établissement⁸⁶⁶.

680. En d'autres termes, l'article cité se satisfait du système d'incorporation qui admet qu'une société est valablement créée dès lors qu'elle est régulièrement constituée selon le droit d'un Etat membre sans considération pour la localisation de son siège réel⁸⁶⁷. Les conclusions de l'avocat général La Pergola, rendues dans le cadre de l'affaire *Centros*, vont dans le même sens. En effet, selon lui, insister sur la nécessité que l'établissement principal exerce réellement les activités indiquées comme objet social, serait rajouter une condition supplémentaire à l'article 58 du Traité ; les « conditions formelles » posées dans cet article sont « limitatives »⁸⁶⁸. Une société peut donc être soumise à la loi d'un Etat membre en ayant son siège statutaire dans cet Etat et son administration centrale dans un autre Etat. Cette solution découle directement de l'article cité⁸⁶⁹.

681. La CJUE interdit, au nom de la liberté d'établissement, à l'Etat d'accueil d'une société, de déduire de la dissociation de ses sièges statutaire et réel, des conséquences juridiques opposables à cette société. Les fondateurs sont donc libres de choisir la loi applicable à leur société, la réalité de la localisation du siège social n'étant

⁸⁶⁶ Aux termes de l'alinéa 1er de l'article 48 du traité CE, « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres ».

⁸⁶⁷ M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.*, p. 550.

⁸⁶⁸ Conclusions de l'avocat général La Pergola présentées le 16 juillet 1998, *Centros*, Affaire C-212/97, Rec. 1999, I-01459, 1998/07/16, point 18.

⁸⁶⁹ J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », *op. cit.*, p. 43 ; M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.*, p. 550.

pas exigée⁸⁷⁰. Cet arrêt lève en quelque sorte le tabou de la stratégie du « *law shopping* ». Ce libre choix initié dans cet arrêt, est consacré dans l'arrêt *Uberseering*⁸⁷¹.

682. La liberté d'établissement prévaut sur les prérogatives propres à l'Etat d'accueil⁸⁷², « même si la CJUE n'interdit pas, en cas de fraude, de prendre toute mesure autre que le refus d'immatriculation de nature à la prévenir ou à la sanctionner »⁸⁷³. Après tout, « il s'agit de protéger l'opportunité d'une initiative économique et, ensemble avec elle, la liberté commerciale de se servir des instruments prévus à cette fin dans les ordres juridiques des Etats membres »⁸⁷⁴. En l'occurrence, l'exercice du droit d'établissement s'est concrétisé par la constitution de la société aux conditions prévues par la loi du pays d'accueil.

683. Un Etat membre ne peut pas refuser d'accueillir le siège réel d'une société. La dissociation des sièges réel et statutaire de cette société ne donne pas lieu à un conflit de lois.

⁸⁷⁰ A. LIENHARD, « Transfert de siège social et droit applicable », CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, n° C-210-06, actualités Dalloz du 7 janv. 2009 ; J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », *op. cit.*, p. 43.

⁸⁷¹ M. LUBY, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *op. cit.*, p. 452 ; M. MENJUCQ, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *op. cit.*, p. 448.

⁸⁷² « Or en l'absence d'harmonisation complète du droit des sociétés des Etats membres, la faculté de choisir la loi applicable aboutit à une recherche des lois nationales les plus accommodantes qualifiée de *law shopping* », M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.*, p. 550.

⁸⁷³ Point 38 de l'arrêt *Centros*, « le fait qu'un Etat membre ne puisse pas refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège n'exclut pas que ce premier Etat puisse prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, [...] En tout état de cause, la lutte contre la fraude ne saurait justifier une pratique de refus d'immatriculation d'une succursale de société ayant son siège dans un autre Etat membre ; R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 465.

De manière générale, les Etats membres peuvent « prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de leurs (ses) ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale » et si « les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires » (point 24 de l'arrêt *Centros*), la validité du « montage de sociétés » (point 23 de l'arrêt *Centros*) doit néanmoins être appréciée par des juridictions nationales soucieuses de respecter « les objectifs poursuivis par les dispositions s en cause » (point 25 de l'arrêt *Centros*) ; J.-P. DOM, note sous, CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, *op. cit.*, p. 70

Voir supra le contrôle de l'abus en droit .

⁸⁷⁴ Conclusions de l'avocat général La Pergola présentées le 16 juillet 1998, *Centros*, Affaire C-212/97, Rec. 1999, I-01459, 1998/07/16, point 20.

B) La fin des conflits positifs nés de la dissociation des sièges réel et statutaire

684. L'Etat d'accueil du siège réel d'une société peut-il appliquer certaines de ses dispositions nationales au titre de lois de police, vis-à-vis des sociétés constituées dans un autre Etat membre qui n'y ont que leurs sièges statutaires ?

685. *A priori*, la dissociation du siège réel et statutaire d'une société entraîne un conflit positif portant sur la qualification du siège social. En effet, l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine peuvent concurremment invoquer la présence du siège social sur leur territoire⁸⁷⁵.

686. La CJUE dans l'arrêt *Inspire art*, met fin à la naissance de ce type de conflit, car selon ce dernier, une société est exclusivement régie, hors le cas de la fraude, par le droit de l'Etat de constitution⁸⁷⁶.

687. Selon certains auteurs⁸⁷⁷ les règles des Etats membres relatives à la loi applicable aux sociétés, n'entravent pas la liberté d'établissement des dites sociétés, en n'empêchant pas l'une d'elles de contracter ou d'ester en justice. Ils ne concerneraient que l'exercice de leurs droits par une société. Ainsi, à défaut d'harmonisation européenne, la CJUE n'est pas *a priori* compétente, pour se prononcer sur ces règles que les Etats membres restent libres d'organiser. Cependant une telle conception permet d'anéantir les différences de traitement établies de façon injustifiées entre les sociétés étrangères et nationales⁸⁷⁸.

688. La CJUE dans l'arrêt *Inspire Art*, met fin aux risques de conflit positif portant sur la qualification du siège social, en énonçant qu'une société est exclusivement régie

⁸⁷⁵ « Les deux Etats concernés [pourraient alors revendiquer] conjointement l'application totale ou partielle de leur droit national », (« ou encore l'assujettissement fiscal de la société (le siège réel étant le critère de la résidence fiscale en droit international) ») ; cf. F. FAGES et M. MENJUCQ, « Le transfert du siège social enfin à la portée des sociétés françaises », *op. cit.*, p. 34.

⁸⁷⁶ M. MENJUCQ, « Rattachement de la société européenne et jurisprudence sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? », *op. cit.*, p. 2874.

Le juge paraît donc consacrer la prévalence du libre établissement sur les règles nationales de détermination de la loi applicable, rendant ainsi caducs les systèmes nationaux de rattachement des sociétés, notamment les systèmes continentaux, souvent liés au critère du siège réel.

⁸⁷⁷ M. MENJUCQ, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés : du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *op. cit.*, p. 448

⁸⁷⁸ J.-Ph. DOM, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *Rev. soc.*, 2004, p. 135.

par le droit de l'Etat de constitution. Elle s'oppose à ce que l'Etat membre d'accueil du siège réel d'une société tire bénéfice des conséquences juridiques de la dissociation de ses sièges statutaire et réel. L'arrêt *Centros* portait déjà les prémices de l'arrêt *Inspire Art*. En effet, il admettait implicitement que les associés fondateurs peuvent choisir la loi applicable à leur société.

689. La présente affaire⁸⁷⁹ peut être observée sous deux angles différents, mais on s'attachera principalement à celui qui explique les relations entre droit des sociétés, droit de l'Union européenne et droit international privé⁸⁸⁰. L'autre s'en tient à de strictes considérations de droit des sociétés.

690. En effet, l'arrêt traite aussi de la conformité à certaines obligations de publicité particulières imposées à la société en application au droit néerlandais. Elles vont au-delà de ce qui est prévu par la onzième directive 89/666/CEE du 21 décembre 1989 traitant de la publicité des succursales créées dans un Etat membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre Etat (du type des sociétés étrangères de pure forme)⁸⁸¹. Les Pays Bas reprochent à la société de ne pas avoir respecté les dispositions néerlandaises relatives à la réalité du capital social des sociétés étrangères de pure forme.

691. La CJUE sanctionne les dispositions néerlandaises relatives aux sociétés étrangères de pure forme car elles sont contraires à la onzième directive⁸⁸², alors que cette dernière est d'interprétation stricte. Dès lors, ces dispositions doivent se conformer à cette directive et au droit de l'Union européenne. Elles ne doivent pas s'avérer plus contraignantes, pour les sociétés étrangères de pure forme, que pour celles qui relèvent du droit hollandais⁸⁸³. En d'autres termes, la sanction du non respect de ces obligations, est en phase avec le droit de l'Union européenne, à condition que la sanction ait un caractère

⁸⁷⁹ Pour un résumé clair et concis des faits, E. PATAUT, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *D.*, 2004, p. 491.

⁸⁸⁰ La formule est empruntée à E. PATAUT, *ibid.*

⁸⁸¹ Elle est définie par la CJUE comme étant « une société de capitaux possédant la personnalité juridique, qui a été constituée conformément à une législation autre que la législation néerlandaise, qui exerce ses activités entièrement ou presque entièrement aux Pays Bas et qui, de surcroît, ne présente pas de lien réel avec l'Etat dans lequel s'applique la législation conformément à laquelle elle a été constituée » ; points 22 et s. de l'arrêt *Inspire Art*.

⁸⁸² « L'article 2 de la onzième directive n° 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un Etat membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre Etat, s'oppose à une législation nationale, telle la *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* (loi sur les sociétés étrangères de pure forme), du 17 décembre 1997, qui prévoit à la charge de la succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre, des obligations de publicité non prévues par ladite directive », point 143, 1^{re} partie de la solution *Inspire Art*.

⁸⁸³ M. MENJUCQ, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *op. cit.*, p. 1296.

effectif, proportionné et dissuasif⁸⁸⁴. Ces conditions résultent d'une jurisprudence européenne classique, selon laquelle les exceptions font l'objet d'une interprétation stricte⁸⁸⁵.

692. L'application des dispositions litigieuses a été placée à l'épreuve des principes régissant la liberté d'établissement. En effet, la CJUE a examiné la règle nationale afin de savoir si elle constituait une entrave au droit de l'Union européenne⁸⁸⁶. En l'espèce l'application des dispositions réglementaires des Pays-Bas (pays d'accueil) au titre de lois de police, sont déclarées contraires à la liberté d'établissement. Ceci même si elles ont pour but de s'assurer de la solvabilité de cette société de droit anglais et même si elles s'appliquent également aux sociétés locales⁸⁸⁷. En effet, les dispositions litigieuses, relatives au capital social minimum, à l'immatriculation, et à des mentions sur les documents sociaux, discriminaient ces sociétés par ce mécanisme⁸⁸⁸.

693. Pourtant, le droit néerlandais ne refuse pas de reconnaître la validité de constitution d'une société selon les termes d'une législation étrangère. Le Royaume-Uni et les Pays-Bas connaissent le même critère de rattachement étatique, le système d'incorporation. La validité de la constitution de la société n'était pas remise en cause. Les Pays-Bas voulaient imposer leurs dispositions non pas en vertu de sa règle de conflit, mais en raison du mécanisme des lois de police. En effet, selon eux, une société ne peut pas se soustraire aux règles impératives édictées par l'Etat où elle exerce ses activités. C'est ce qui est reproché.

⁸⁸⁴ Point 62 de l'arrêt *Inspire Art*, « selon une jurisprudence constante, lorsqu'une disposition de droit ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie, sur ce point, aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 10 CE impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit. À cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, les États membres doivent notamment veiller à ce que les violations du droit soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif (arrêts du 21 septembre 1989, *Commission/Grèce*, 68/88, Rec. p. 2965, points 23 et 24 ; du 10 juillet 1990, *Hansen*, C-326/88, Rec. p. I-2911, point 17 ; du 26 octobre 1995, *Siesse*, C-36/94, Rec. p. I-3573, point 20, et du 27 février 1997, *Ebony Maritime et Loten Navigation*, C-177/95, Rec. p. I-1111, point 35) ».

⁸⁸⁵ V. MAGNIER, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *JCP éd. E*, n° 7, 12 mars 2004, p. 251

Ainsi on peut penser que les lois de police qui répondront à ces conditions pourront rester applicable.

⁸⁸⁶ E. PATAUT, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *op. cit.*, p. 491.

⁸⁸⁷ J.-Ph. DOM, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *op. cit.*

⁸⁸⁸ Selon M. LUBY, cette justification ne serait pas expliquée par la CJUE. Cf. M. LUBY, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *JCP éd. G*, n° 1, 2004, II, 10002

694. La société répond déjà aux conditions de constitution de son Etat d'origine (auquel elle est rattachée juridiquement), elle est donc régie, exclusivement, par les dispositions de son Etat d'origine, pour tout ce qui touche à son activité sociale. Il importe peu que la société ait été constituée au Royaume-Uni pour éluder la législation néerlandaise, et qu'elle exerce ses activités exclusivement ou presque dans l'Etat membre d'établissement⁸⁸⁹. Selon la CJUE, les articles 49 et 54 du Traité FUE (ex 43 et 48 du Traité CE) s'opposent à ce qu'une législation nationale soumette l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire, au regard des conditions prévues en droit interne des sociétés pour la constitution de ces dernières.

695. En l'espèce, la CJUE s'appuie une nouvelle fois sur la lecture de l'article 54 du Traité FUE (ex 48 du Traité CE)⁸⁹⁰ pour rappeler que les critères de rattachement d'une société sont énumérés de manière alternative. En revanche, ce qui est nouveau par rapport à sa jurisprudence antérieure, c'est qu'elle étend la liberté d'établissement. Elle écarte une loi de police qui est en principe d'application générale et impérative à toutes les sociétés entrant dans son champ d'application⁸⁹¹. Ceci, bien qu'un rapport énonçait que « les Etats membres pourr[aient] légitimement exiger (...) qu'une société étrangère établissant une relation avec leur territoire respecte les règles en matière de participation des travailleurs ou toute autre norme contraignante légitime »⁸⁹². Ainsi, la CJUE conforte le « *law shopping* » intra-européen.

696. En somme, une société, dont l'Etat d'origine connaît comme critère de rattachement, le système d'incorporation, est régie par les dispositions de cet Etat⁸⁹³. La

⁸⁸⁹ « Les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à une législation nationale, telle la Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet Etat, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre, à certaines conditions prévues en droit interne des sociétés pour la constitution de sociétés, relatives au capital minimal et à la responsabilité des administrateurs. Les raisons pour lesquelles la société a été constituée dans le premier Etat membre, ainsi que la circonstance qu'elle exerce ses activités exclusivement ou presque exclusivement dans l'Etat membre d'établissement, ne la privent pas, sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus, du droit d'invoquer la liberté d'établissement garantie par le traité CE », point 143, 2^e partie de la solution *Inspire Art*.

⁸⁹⁰ Point 137 de l'arrêt *Inspire Art*, point 26 de l'arrêt *Centros*.

⁸⁹¹ La mesure sanctionnant le défaut du capital minimal est une mesure relative à l'activité sociale.

⁸⁹² Rapport présenté le 4 nov. 2002 à la demande de la Commission et faisant le point sur le sens de l'arrêt *Centros*; M. LUBY, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *op. cit.*

⁸⁹³ Points 100 et 101 de l'arrêt *Inspire Art*.

Point 105 de l'arrêt, « il y a lieu de conclure que les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à une législation nationale, telle la WFBV, qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet Etat, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre, à certaines conditions prévues en droit interne pour la constitution de sociétés, relatives au capital minimal et à la responsabilité des administrateurs. Les raisons pour lesquelles la société a été constituée dans le premier Etat membre, ainsi que la circonstance qu'elle exerce ses activités exclusivement ou presque exclusivement dans l'Etat

loi applicable reste celle de son siège statutaire, sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus. Les lois dites de police sont considérées comme des entraves à l'exercice de la liberté d'établissement lorsque elles ne peuvent être justifiées ni par des « raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » (article 46 du Traité CE), ni par des « raisons impérieuses d'intérêt général »⁸⁹⁴. Les conditions ne sont pas réunies⁸⁹⁵, puisque ni la protection des créanciers⁸⁹⁶, ni la lutte contre le recours abusif à la liberté d'établissement, pour exemple, ne peuvent être avancées au titre des raisons impérieuses d'intérêt général⁸⁹⁷.

697. En outre, il résulte d'une jurisprudence constante que le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a été immatriculée et qu'elle exerce uniquement ou principalement ses activités dans l'État membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux permettant à cet État de dénier à la société concernée le bénéfice des dispositions de l'Union européenne relatives au droit d'établissement⁸⁹⁸. Ainsi, un comportement abusif ou frauduleux est une limite à la liberté d'établissement. Toutefois, ces notions restent abstraites⁸⁹⁹. Il faut attendre des précisions de la part de la CJUE.

membre d'établissement, ne la privent pas, sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus, du droit d'invoquer la liberté d'établissement garantie par le traité ».

⁸⁹⁴ La CJUE estime que les créanciers sont « suffisamment informés par les règles harmonisées d'immatriculation de la succursale du fait que la société relève d'une loi étrangère », M. MENJUCQ, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *op. cit.*, p. 1296.

⁸⁹⁵ « Ni l'article 46 CE, ni la protection des créanciers, ni la lutte contre le recours abusif à la liberté d'établissement, ni la préservation tant de la loyauté des transactions commerciales que de l'efficacité des contrôles fiscaux ne permettent de justifier l'entrave à la liberté d'établissement garantie par le traité que constituent des dispositions d'une législation nationale, telle que celle en cause, sur le capital minimal et la responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs », point 142 de l'arrêt *Inspire Art*.

Ces règles nationales visant à favoriser la protection des créanciers, ne doivent pas être discriminatoires, être justifiées, être propres à garantir l'objectif poursuivi et être proportionnées. Et, selon la CJUE, ils sont suffisamment informés.

La CJUE ne va donc pas dans le sens d'une doctrine qualifiée d'autorisée par V. MAGNIER, « l'auteur soulignait que l'extension d'une loi nationale à titre de loi de police constituait un mécanisme efficace (et légitime) de protection des tiers face à des sociétés constituées en dehors de l'Union européenne dans l'unique but d'échapper aux règles impératives du droit hollandais, et que ce régime était applicable aux sociétés immatriculées dans un État membre de l'Union européenne mais exerçant l'ensemble de leurs activités aux Pays-Bas, sans toutefois que l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée dans un autre État membre puisse être refusée » ; V. MAGNIER, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *op. cit.*, p. 251.

⁸⁹⁶ La protection ne relève pas non plus, selon la CJUE, du principe dérogatoire de l'article 46 du Traité, point 122 de l'arrêt *Inspire Art*.

⁸⁹⁷ Point 132 de l'arrêt *Inspire Art*.

⁸⁹⁸ Le point 139 de l'arrêt *Inspire Art* renvoie au point 16 de l'arrêt *Segers*, ainsi qu'au point 29 de l'arrêt *Centros*.

⁸⁹⁹ « C'est, en définitive, dans la fraude aux droits des tiers par usage abusif du droit d'établissement que peut-être se trouve la seule limite à la liberté de choisir la loi applicable à la société », cf. M. MENJUCQ, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *op. cit.*, p. 1296 ; M. LUBY, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *op. cit.* ; « si la liberté d'établissement d'une société [n'est] pas susceptible d'abus au regard du droit, la caractérisation d'une fraude au droit des

698. Ainsi bien qu'une société exerce ses activités dans un Etat autre que son Etat d'origine, ce dernier conserve son emprise sur la société. L'Etat d'accueil ne peut pas tirer des conséquences de la dissociation des sièges réel et statutaire.

§2 : La conservation de l'impact d'un Etat d'origine sur une société rattachée à son droit national

699. Un Etat membre doit accueillir le résultat de la dissociation du siège réel et statutaire d'une société immatriculée dans un autre Etat membre. Sauf exceptions, cette société est régie par les lois de l'Etat où a eu lieu son immatriculation car, elle est rattachée juridiquement à cet Etat. Cela signifie que si une société souhaite dissocier son siège social, elle devra respecter les conditions posées par son Etat d'origine, que ce dernier connaisse le régime du siège statutaire (A) ou celui du siège réel (B).

A) Le départ du siège social d'une société rattachée à un Etat membre connaissant le régime du siège statutaire

700. Le principe de liberté d'établissement défendu dans le Traité FUE ne permet pas à lui seul la mobilité des établissements primaires au sein de l'espace européen. En effet, la CJUE estime que les modalités d'un transfert intra-européen du siège statutaire ou réel, vers un autre Etat membre ne sont pas résolues par les dispositions relatives au droit d'établissement⁹⁰⁰. La mobilité du siège statutaire d'une société dépend de l'avancée du droit de l'Union européenne et législatif.

701. Selon la jurisprudence de la CJUE, même si les anciens articles 52 et 58 du Traité de Rome (actuel 49 et 54 du Traité FUE) sont d'application directe, ils ne confèrent aucun droit à une société de transférer son siège social (statutaire) d'un Etat membre à un autre. En effet, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique national. Contrairement aux personnes physiques, elles n'ont d'existence qu'à travers les

sociétés [paraît] difficile », cf. J.-Ph. DOM, note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *op. cit.*, p. 135.

⁹⁰⁰ CJCE, *Daily Mail*, 27 septembre 1988, Affaire 81/87, Rec 5483, point 23.

législations nationales⁹⁰¹. En outre, le Traité ne confère pas aux sociétés de droit national, celui de transférer leurs sièges de direction et leurs administrations centrales dans un autre Etat membre, en gardant leur qualité de sociétés vis-à-vis de leurs Etats d'origine⁹⁰². En d'autres termes, le déplacement du siège rompt le lien de rattachement prévu par le droit de l'Etat de constitution de la société⁹⁰³. C'est la position de la CJUE depuis l'arrêt *Daily Mail*.

702. Ainsi, l'Etat d'origine d'une société peut s'opposer au départ d'une société qui souhaite conserver son rattachement étatique à l'Etat membre où elle a été constituée. Dès lors, si (en prenant l'exemple de l'arrêt *Daily Mail*) la société *Daily Mail*, société britannique du fait de son immatriculation au Royaume Uni (Etat de siège statutaire), avait transféré son siège statutaire en s'immatriculant aux Pays Bas (Etat de siège statutaire) et était devenu une société néerlandaise plutôt que de seulement transférer aux Pays Bas son seul siège de direction, la solution aurait peut être été différente⁹⁰⁴.

703. Une société rattachée à un Etat membre, comme le Royaume-Uni, qui opte pour un régime de siège statutaire, ne perd ni sa qualité de société de droit britannique ni sa personnalité juridique. Ce, dans le cas où elle effectue simplement un transfert de son siège de direction.

704. En l'espèce, l'Etat d'origine, le Trésor britannique plus précisément, s'est opposé au transfert du siège réel. En effet, selon cet organisme fiscal, le transfert avait pour but d'échapper à la fiscalité britannique pour un certain nombre d'opérations résultant d'un transfert. La réglementation britannique relative aux sociétés permettait à toute société d'établir son siège de direction et son administration centrale dans un autre Etat membre sans perdre sa personnalité juridique ou sa qualité de société de droit britannique, sous réserve d'une autorisation des autorités fiscales. Ces dernières se sont opposées au transfert de cette société.

⁹⁰¹ C'est ce que la CJUE a rappelé au point 19 de l'arrêt *Daily Mail*, 27 septembre 1988, Affaire 81/87, Rec. 5483.

⁹⁰² CJCE, *Daily Mail*, 27 septembre 1988, Affaire 81/87, Rec 5483, point 24.

Le point 18 de l'arrêt relève que la législation britannique exige l'autorisation du Trésor dans le cas où cette société tout en gardant sa personnalité juridique et sa qualité de société de droit britannique désire transférer son siège de direction hors du Royaume Uni.

⁹⁰³ CJCE, gr. Ch., 16 décembre 2008, Affaire C-210/06, *Cartesio Oktato és Szolgáltatató bt.*, points 109 et 110

⁹⁰⁴ F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *op. cit.*, p. 115.

705. Le point de vue de la société *Daily Mail* est autre. Elle s'oppose à cette décision car de même qu'une personne physique peut librement s'établir dans un autre Etat membre, une société doit pouvoir transférer son siège social avec la même liberté⁹⁰⁵.

706. Pour ce qui est de la CJUE, elle refuse de suivre le raisonnement tenu par la société *Daily Mail* car même si la liberté d'établissement est un principe fondamental de l'Union européenne applicable aux sociétés, les anciens articles 52 et 58 du Traité de Rome ne confèrent aucun droit à une société de transférer son siège d'un Etat membre à un autre⁹⁰⁶.

707. Ainsi tout comme le gouvernement du Royaume-Uni, la Commission et l'avocat général Darmon, la CJUE ne considère pas que la directive du Conseil 73/148/CEE s'applique aux personnes morales⁹⁰⁷. Cette directive relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de l'Union en matière d'établissement et de prestation des services, ne se prête pas à une application par analogie aux personnes morales⁹⁰⁸. En effet, contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique national⁹⁰⁹. La CJUE indique à la Commission européenne la voie à suivre, si une convention multilatérale (telle qu'elle est préconisée dans l'ancien article 220-3 du Traité de Rome) n'est pas possible. D'où la naissance des prémices à la 14^e Directive⁹¹⁰.

708. En outre, comme l'indique l'avocat général dans ses conclusions, non seulement le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à une telle mesure, mais en plus une solution contraire aurait été paradoxale. En effet, le droit applicable du Royaume-Uni n'exige pas la dissolution d'une société qui voudrait transférer son administration centrale dans un autre Etat membre. Or il se trouverait fiscalement

⁹⁰⁵ Selon l'avocat général, donner raison à la société *Daily Mail* aurait pour effet, paradoxalement, qu'un Etat membre dont le droit des sociétés n'exige pas la dissolution d'une société qui voudrait transférer son administration centrale dans autre Etat membre se trouve défavorisé fiscalement par rapport aux Etats membres dont la législation retient le critère de la localisation du siège effectif, alors que son droit des sociétés se rapproche plus que celui des autres Etats membres des objectifs s en matière d'établissement ; R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 465. A effacer

⁹⁰⁶ J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », *op. cit.*, p. 43.

⁹⁰⁷ « Du transfert de siège social d'une société entre deux Etats membres de la CEE », CJCE, 27 septembre 1988, conclusions de l'avocat général M. M. Darmon présentées le 7 juin 1988), *op. cit.*, p. 357.

⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁹⁰⁹ Ce que l'Etat donne, nous devrions admettre qu'il puisse le reprendre ; conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro présentées le 22 mai 2008, Affaire C-210/06, *Cartesio*.

⁹¹⁰ J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », *in Aspects organisationnels du droit des affaires*, *op. cit.*, p. 43.

désavantagé par rapport aux Etats membres dont la législation retient le critère de la localisation du siège effectif⁹¹¹. Une solution contraire serait paradoxale. Elle placerait ce pays dans une situation fiscale désavantageuse, alors que sa législation se rapproche davantage des objectifs européens en matière d'établissement⁹¹².

709. En définitive, contrairement à l'arrêt *Inspire Art*, par exemple, où il est question des relations entre une société et l'Etat d'accueil où elle exerce effectivement ses activités, dans l'arrêt *Daily Mail* il y est question des relations entre une société et son Etat d'origine à savoir celui où elle a été constituée⁹¹³. Ce qui semblait être un arrêt isolé s'est avéré confirmé par la suite. La dissociation des sièges réel et statutaire d'une société doit respecter les conditions imposées par son Etat d'origine.

B) Le départ du siège social d'une société rattachée à un Etat connaissant le régime du siège réel

710. La solution de l'arrêt *Daily Mail* aurait été *a priori* était différente en présence d'une société rattachée à un Etat membre optant pour un régime de siège réel, qui aurait transféré son siège de direction dans un autre Etat membre et perdu sa qualité de société de l'Etat membre en vertu de la législation duquel elle avait été constituée.

711. Il s'agit là de la configuration présentée dans l'arrêt *Cartesio*, à ceci près que la société constituée dans un Etat partisan du siège réel (la Hongrie), souhaitait rester rattachée à la loi de cet Etat. Cependant, le « *Megyei Birosag* », dans le cadre de l'exercice de sa mission de tenue du registre des sociétés, a refusé d'enregistrer la nouvelle adresse de son administration centrale en Italie, au motif que la loi hongroise ne permettait pas un tel transfert. En effet, selon cette dernière, la société devait auparavant être dissoute en Hongrie et se constituer à nouveau en conformité avec la loi interne de l'Etat membre d'accueil. Le droit hongrois ne permet pas à une société constituée en Hongrie de transférer son siège à l'étranger tout en continuant à être soumise à la loi hongroise en tant que loi de référence⁹¹⁴.

⁹¹¹ R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 465.

⁹¹² « Du transfert de siège social d'une société entre deux Etats membres de la CEE », CJCE, 27 septembre 1988, conclusions de l'avocat général M. M. Darmon présentées le 7 juin 1988), *op. cit.*, p. 357.

⁹¹³ Points 102, 103 et 104 de l'arrêt *Inspire Art*.

⁹¹⁴ CJCE, gr. Ch., 16 décembre 2008, Affaire C-210/06, *Cartesio Oktato és Szolgáltató bt.*, JCP éd. E., n° 1, 2009, 1013.

712. Selon la CJUE, un Etat membre, eu égard à sa législation, peut s'opposer au départ d'une société constituée en vertu de son droit national, désirant conserver son rattachement à son Etat membre d'origine⁹¹⁵. Dans l'état actuel du droit, l'interprétation des articles 49 et 54 du Traité FUE (ex 43 et 48 du Traité CE) ne s'y oppose pas. Par conséquent, la CJUE réaffirme la position qu'elle a tenue dans l'arrêt *Daily Mail*. En revanche, l'Etat d'origine d'une société ne peut s'opposer au transfert de son siège social avec changement de loi applicable, à moins d'être justifiée par une exigence impérieuse d'intérêt général⁹¹⁶. L'Etat d'origine d'une société peut seulement s'opposer au transfert de son siège social sans changement de loi applicable⁹¹⁷.

⁹¹⁵ CJCE, gr. Ch., 16 décembre 2008, Affaire C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, point 124 de l'arrêt.

Par sa quatrième question (qui concerne le droit d'établissement), la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 43 et 48 du Traité CE s'opposent à une réglementation interne rendant impossible pour une société de droit national de transférer son administration centrale vers un autre Etat membre ; Conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro présentées le 22 mai 2008, Affaire C-210/06, *Cartesio*.

Autrement dit, les articles 43 et 48 CE doivent ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un Etat membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet Etat membre de transférer son siège dans un autre Etat membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'Etat membre selon la législation duquel elle a été constituée ? (formulation opérée par la CJUE, point 99 de l'arrêt).

Selon l'avocat général, on peut admettre qu'un Etat membre puisse imposer la réunion de certaines conditions avant qu'une société constituée selon son droit interne puisse transférer son administration centrale à l'étranger, compte tenu de ses intérêts (des exigences impérieuses d'intérêt général, voire la prévention des abus). Seulement selon lui, en exigeant la dissolution de la société sans la moindre justification, le droit hongrois nie la liberté d'établissement. Ainsi, il a proposé à la cour en réponse à la quatrième question que « les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à l'application de règles nationales rendant impossible pour une société constituée en vertu de la loi nationale de transférer son administration centrale vers un autre Etat membre ».

Une telle solution aurait mis fin à la théorie du siège dans ses conséquences les plus radicales, M MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 130-1. Si la solution proposée par l'avocat général avait été suivie, les Etats membres de siège réel ne pourraient plus interdire aux sociétés le transfert de leur administration centrale.

Les aspects liés au rattachement seront abordés ultérieurement.

⁹¹⁶ L. IDOT, « Transfert du siège social sans changement de loi applicable », op. cit.

⁹¹⁷ La validité et les conditions de l'opération de transfert de siège réel dépendent donc de la loi du pays d'origine, seule compétente pour déterminer si la société en cause peut conserver la personnalité juridique dont elle bénéficie en vertu de son droit national d'origine, considérant n° 107 (« un Etat a la possibilité d'imposer à une société constituée en vertu de son ordre juridique des restrictions au déplacement du siège effectif de celle-ci hors de son territoire pour que cette société puisse conserver la personnalité juridique dont elle bénéficie en vertu du droit de ce même Etat membre »), CJCE, gr. Ch., 16 décembre 2008, Affaire C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*; M. MENJUCQ, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *JCP éd. G.*, n° 7, 2009, II, 10027 ; R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », op. cit., p. 465 ; G. JAZOTTES, « Le transfert de siège : *statuto quo* ou revirement ? », op. cit., p. 828., « [la] jurisprudence fait apparaître une distinction entre les deux aspects du transfert de siège en traitant différemment les difficultés nées de la législation du pays d'origine de celles résultant de l'application des règles du pays d'accueil » ; J. HEYMANN, « De la loi applicable au transfert de siège social », *Rev. Crit. de DIP*, 2009, p. 548.

713. La solution de la CJUE se positionne parfaitement dans l'ensemble de ses solutions rendues en la matière. Elle est en adéquation avec l'arrêt *Daily Mail* et celui d'*Uberseering*⁹¹⁸.

714. Une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre ne perd pas dans l'Etat d'accueil la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique de l'Etat membre de constitution. Il semble donc logique que l'Etat dont la société relève puisse imposer ses conditions pour qu'elle conserve sa personnalité juridique⁹¹⁹. *A priori* la solution aurait été différente si la société ne relevait plus de l'ordre juridique de constitution. Mais encore faut-il pour cela que l'Etat autorise le transfert du siège statutaire sans perte de la personnalité juridique. Si le régime d'un tel transfert n'est pas défini, il semble néanmoins que cet arrêt « consacre » le principe de la liberté de transfert de siège social avec changement de loi applicable, l'Etat membre d'origine ne pouvant s'y opposer sauf raison impérieuse d'intérêt général⁹²⁰. Cette innovation est essentielle⁹²¹.

715. En l'espèce, la société *Cartesio* souhaitait transférer son administration en Italie, tout en continuant à être soumise à la loi Hongroise. Or la réglementation hongroise sur les sociétés (telle qu'interprétée et appliquée par le Tribunal chargé de la tenue du registre des sociétés) interdit « l'exportation » d'une personne morale hongroise vers le territoire d'un autre Etat membre⁹²². L'administration centrale de cette société doit donc rester en Hongrie.

716. Cependant, selon l'avocat général, de telles règles équivalent à des discriminations contre l'exercice de la liberté de circulation. Selon lui, en entravant

⁹¹⁸ CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, Rec. p. I-9919, point 70.

⁹¹⁹ CJCE, gr. Ch., 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltatás bt.*, JCP éd. E, n° 1, 2009, 1013.

Aux vues de la solution rendue dans l'arrêt *Cartesio*, on comprend que la solution de l'arrêt *Daily Mail* n'est pas justifiée par le fait que l'opération puisse être évaluée comme étant purement de stratégie fiscale. Sa solution est guidée par le risque de fraude mais par les conséquences du rattachement de la société à son Etat d'origine.

⁹²⁰ M. MENJUCQ, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *op. cit.*

⁹²¹ R. KOVAR, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 465 ; J. HEYMANN, « De la loi applicable au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 548, « le transfert du siège social avec changement de loi applicable doit désormais être considéré comme garanti par les dispositions de l'article 43 CE, à tout le moins sur le plan juridique ».

⁹²² Conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro présentées le 22 mai 2008, Affaire C-210/06, *Cartesio*.

« l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre Etat membre pour une durée indéterminée », les règles du traité relatives au droit d'établissement sont violées alors qu'elles sont clairement d'application directe⁹²³.

717. Seulement aux vues de la jurisprudence de la CJUE, une telle affirmation n'est opposable qu'à l'Etat d'accueil⁹²⁴. Il en est de même dans le choix de la règle applicable. Selon l'arrêt *Inspire Art*, « la circonstance qu'*Inspire Art* ait été constituée au Royaume Uni dans le but d'échapper à la législation néerlandaise sur le droit des sociétés, laquelle impose des conditions plus strictes [...], n'exclut pas que la constitution d'une succursale par cette société aux Pays Bas bénéficie de la liberté d'établissement, telle que prévue aux articles 43 CE et 48 CE ». La solution de cet arrêt n'est opposable qu'à l'Etat d'accueil⁹²⁵. Aussi, la société mise en avant dans l'arrêt *Cartesio*, ne peut pas bénéficier de la jurisprudence *Inspire Art*, comme elle le désire.

718. L'arrêt rendu par la CJUE dans l'affaire *Daily Mail*, semblait se placer dans une nébuleuse jurisprudentielle, en rendant la solution jurisprudentielle incertaine. Cependant, l'arrêt *Cartesio* a mis fin à ces incertitudes⁹²⁶.

⁹²³ Conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro présentées le 22 mai 2008, Affaire C-210/06, *Cartesio*.

⁹²⁴ Dans le même sens, F. MELIN, « Déplacement de siège social dans la Communauté européenne », *JCP éd. E.*, n° 8, 2009, 1208.

⁹²⁵ La distinction entre l'Etat de départ et l'Etat d'arrivée a été formellement inaugurée en France, J. HEYMANN, « De la loi applicable au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 548 ; P. LAGARDE, note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Rev. Crit. de DIP*, 2003, p. 508.

⁹²⁶ D'ailleurs l'arrêt *Vale* confirme l'arrêt *Cartesio*, CJCE, 12 juillet 2012, *Vale*, *JCP éd. E.*, 2012, p. 1547.

Conclusion du Chapitre II

719. La SE est principalement rattachée au Règlement qui la régit, par conséquent, elle n'a pas de nationalité à proprement parlé. Elle n'est rattachée à un Etat qu'à titre subsidiaire en raison des renvois vers le droit national. Les critères de ce rattachement étatique sont fixés par le Règlement SE. Afin de pouvoir déterminer facilement la loi applicable, le siège réel et statutaire de cette société doivent se trouver dans le même Etat. Ainsi, les difficultés qu'engendrent la dissociation des sièges réel et statutaire n'existent pas pour la SE.

720. Cette crainte d'ambiguïté a été levée par la CJUE, ce qui rend cette obligation d'unité du siège paradoxale. En effet, selon sa jurisprudence, une société reste régie par la législation applicable dans son lieu d'immatriculation, même si ses sièges ont été dissociés. Cela signifie également que pour qu'une société puisse conserver son rattachement étatique, elle doit en respecter les critères fixés par son l'Etat de son lieu d'immatriculation. De même, une SE doit respecter les critères de rattachement fixés par son Règlement puisqu'elle est y rattachée de façon principal. Par conséquent, l'obligation d'unité du siège social de la SE n'est pas contraire à la jurisprudence de la CJUE, elle n'est pas non plus paradoxale.

Conclusion du Titre I

721. Après que l'emploi unique de règles matérielles se soit révélé compliqué à mettre en œuvre, le Règlement SE s'avère finalement être un savant mélange de règles substantielles et de conflit. Bien que ce Règlement laisse une certaine liberté aux Etats membres dans le choix des options qu'elle peut leur laisser, le Règlement SE orchestre tous les renvois vers le droit national.

722. Ces renvois vers la législation nationale ont surtout lieu lorsque la mesure visée fait l'objet d'une harmonisation européenne et qu'elle ne pose pas de difficultés particulières. En revanche, les mesures susceptibles d'entraver le bon déroulement des opérations proposées par le Règlement SE, font l'objet de règles matérielles. Elles rendent notamment possibles un transfert de siège social transfrontalier. Le Règlement SE évite les difficultés que de trop nombreux renvois impliquent et, il sécurise l'opération transfrontalière. Le changement de loi applicable inhérent à une opération transfrontalière n'est alors plus un obstacle.

723. Les renvois vers le droit national ont obligé le Règlement SE à préciser les critères de rattachement étatique de la société. Ils peuvent apparaître sévères, pourtant ils ne sont pas contraires à la jurisprudence de la CJUE. En effet, selon cette dernière, pour une société, la condition première du bénéfice du droit d'établissement des articles 49 et 54 du Traité FUE (ex 43 et 48 du Traité CE) ne relève pas des règles de l'Union européenne mais « en l'état actuel du droit » des règles nationales de chaque Etat membre⁹²⁷. Une société obéit dans sa constitution et dans son fonctionnement à sa législation nationale d'origine. Les modalités de transfert d'une société sont donc déterminées par sa législation nationale, que son rattachement reste volontaire ou non selon la législation dans laquelle elle a été constituée⁹²⁸. En conséquence, chaque droit

⁹²⁷ « Dans l'état actuel de la législation européenne, rien ne permet de contraindre un Etat membre à accepter le transfert d'une société nationale vers un autre Etat membre si cette société n'adopte pas le régime juridique de son Etat d'accueil », D. Van Den Bulke à propos de l'arrêt *Cartesio*. D. VAN DEN BULKE, « L'aspect fiscal de la fusion », in *Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe, fusion transfrontalière, SE, SPE, Rev. Lamy droit des aff.*, avril 2009, n° 37, p. 70.

⁹²⁸ Lorsqu'est soumise à la cour la réglementation de l'Etat de départ, le bénéficiaire du droit d'établissement peut ne plus exister. Tandis que lorsqu'est soumise à la cour, la législation de l'Etat

national est compétent pour définir les conditions du rattachement des sociétés exigées, lors de leur constitution et pour le maintien de ce lien⁹²⁹. Puis, les conséquences relatives au transfert de siège social varient selon qu'il y ait ou non changement de loi applicable⁹³⁰. Ainsi, le Règlement auquel une SE est rattachée à titre principal, est libre d'en déterminer les critères de rattachement. Par ailleurs, puisque la SE n'est rattachée à un Etat membre qu'à titre subsidiaire, elle est dépourvue de nationalité.

724. Les renvois vers le droit national, oblige les Etats membres à adopter des dispositions visant à rendre effective l'application du Règlement SE.

d'accueil, la société existe pour autant qu'elle soit constituée en conformité avec la législation d'un Etat membre, cf. G. JAZOTTES, « Le transfert de siège : statu quo ou revirement ? », *op. cit.*, p. 828.

⁹²⁹ G. JAZOTTES, *ibid*, p. 828. Chaque Etat est responsable pour définir ce lien de rattachement, dans le respect de ses obligations notamment pour le droit d'établissement. Pour la cour cette liberté fondamentale n'a pas vocation à régir le transfert de siège, « en raison de la présence dans le traité CE, de dispositions qui renvoient pour le traitement de la question du transfert du siège, soit à des directives de coordinations, soit à une convention conclue entre Etats membres ». Ces problèmes devant être résolus par des travaux législatifs ou conventionnels.

⁹³⁰ M. MENJUCQ, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *op. cit.*

Titre II : Les spécificités de la SE immatriculée en France

725. Pour reprendre une métaphore, le Règlement SE est la « colonne vertébrale » de la SE. Le Règlement SE s'impose par nature aux Etats membres. Néanmoins, il n'est pas fait de règles matérielles, car il effectue des renvois vers le droit national.

726. Aussi, pour les matières non couvertes par le Règlement SE, les dispositions nationales s'appliquent. Parmi elles, celles qui ont été adoptées en vue de rendre effective l'application de ce Règlement sur leur territoire. Le droit commun de la SA s'applique si l'élément en cause ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique. Par conséquent, plus le droit de la SA sera (en faisant une large place à la liberté contractuelle), plus le pays sera attractif pour les décideurs ayant à choisir un lieu d'implantation de leurs sièges.

727. La souplesse et l'intérêt que la SE peut susciter, dépend pour beaucoup des Etats. Par les différents renvois vers le droit national et les différentes options laissées par le Règlement SE aux Etats membres, ces derniers peuvent aménager un régime plus avantageux que celui de la SA⁹³¹. Aussi, le droit commun des SA a fait l'objet de nombreux aménagements spécifiques, bien que le régime de la SE reste plus ou moins calé sur le droit commun de la SA. Le fonctionnement de la SE l'illustre car il est majoritairement renvoyé au droit français (**Chapitre I**).

728. Les mesures sociales et fiscales n'apparaissent pas dans le Règlement SE. Toutefois, l'implication des salariés dans la SE fait l'objet d'une directive. Cette dernière est indissociable du Règlement SE. Le volet social était auparavant intégré dans le Règlement mais les Etats membres ne parvenaient pas à un accord. Il a donc été traité séparément. L'implication des salariés dans la SE varie selon le lieu d'immatriculation de la société. La fiscalité de la SE n'est pas non plus abordée par le Règlement SE.

⁹³¹ J.-Ph. DOM, « La société européenne –Aspect de droit des sociétés », *op. cit.*, p. 77.

En effet, la flexibilité de la SE passe par l'adaptation de la législation nationale, du droit des SA, droit résiduel applicable à la SE. Elle passe « également par l'exercice des options ouvertes par le règlement » car, l'objectif poursuivi est de permettre à la SE de trouver dans le droit national la flexibilité et la sécurité nécessaires à « son fonctionnement le plus harmonieux », dans le respect des dispositions du Règlement ; D. Poracchia, C. CATHIARD, M.-P. SOUWEINE, J. SIBILLE, M. ABRAHAM, D. DUMARCHE et J.-L. COLOMBANI, « La société européenne – Enjeux pour le droit français », *op. cit.*, p. 71.

Cependant, afin de rendre le Règlement SE effectif, des mesures sociales et fiscales ont été adoptées. (**Chapitre II**).

Chapitre I : Le fonctionnement de la SE renvoyé au droit français

729. De nombreuses mesures proposées par le sénateur Ph. Marini, ont été retenues afin d'élaborer des dispositions spécialement applicables aux SE. Ce dernier n'est pas le seul à en avoir proposé. En effet, au total deux propositions de lois relatives à la SE ont été présentées. La première a été faite le 8 octobre 2003 par Ph. Marini, et la seconde le 20 janvier 2004 par J.-G. Branger et J.-J. Hyset⁹³². Pourtant, seules certaines dispositions présentées le 8 octobre 2003, ont été retenues. Parmi elles, celles relatives à l'aménagement des rapports entre les actionnaires, afin que la SE puisse bénéficier d'une souplesse contractuelle analogue à celle de la SAS⁹³³. Cette proposition prévoit la possibilité de stipuler dans les statuts de la SE ne faisant pas appel public à l'épargne, des clauses restreignant la libre négociabilité des actions telles que des clauses d'agrément, de sortie conjointe, d'inaliénabilité ou encore des clauses d'exclusion ou de suspension des droits non pécuniaires⁹³⁴.

730. De même, les catégories d'opérations soumises à autorisation, soit du conseil de surveillance, soit du conseil d'administration, sont déterminées dans les statuts de la SE, contrairement à la SA⁹³⁵. Ces mesures vont dans le sens d'un droit plus souple grâce à

⁹³² Contrairement à la première proposition, la seconde ne concerne pas seulement la levée d'option du Règlement SE, elle concerne aussi la transposition de la Directive.

« Un tel mécanisme, qui interdirait à la société de modifier ses statuts sur les points nécessaires à l'octroi de la qualification de société anonyme simplifiée, permettrait à la fois de ne pas modifier le droit des sociétés anonymes, de ne pas modifier celui des sociétés par actions simplifiée, tout en offrant à la SE un cadre plus souple que celui de la société anonyme classique », cf. D. PORACCHIA, C. CATHIARD, M.-P. SOUWEINE, J. SIBILLE, M. ABRAHAM, D. DUMARCHE et J.-L. COLOMBANI, *ibid.*, p. 71.

Cette idée serait selon eux développée dans l'exposé des motifs de la proposition de loi de MM. Branger et Hyest. C'est selon eux, un bon compromis « entre une absence d'adaptation de notre droit pour offrir plusieurs cadres juridiques de référence à la SE et une modification du droit des sociétés anonymes ».

Pour eux il faut adopter la forme de la société anonyme simplifiée. « Dans cette perspective, et pour éviter tout risque de confusion, les textes français mettant en œuvre le Règlement et exerçant les options ouvertes par ce dernier en matière d'organisation interne de la SE notamment, devraient préciser que les dispositions du règlement renvoyant aux sociétés anonymes sont celles applicables soit à la société anonyme, soit à l'autre forme de société anonyme, la société anonyme simplifiée ».

⁹³³ J BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 75.

⁹³⁴ Articles 229-16 à L 229-26 du Code de commerce tels qu'ils résulteraient de la proposition MARINI.

⁹³⁵ Article L 229-16 du Code de commerce tel qu'il résulterait de la proposition MARINI.

une contractualisation plus importante prônée dans un rapport sur la modernisation des sociétés⁹³⁶.

731. Au final, de l'article 11 de la loi du 26 juillet 2005, sont nés quinze articles. En effet, les articles L 229-1 à L 229-15 ont été introduits dans le Code de commerce sous un chapitre IX intitulé « De la société européenne » au sein du titre II (« Dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales ») du livre II (« Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêts économiques »)⁹³⁷. Un chapitre IV bis intitulé « Des infractions concernant les sociétés européennes » est également inséré au titre IV.

732. Certains articles du Code de commerce applicables à la SA ont été modifiés afin d'étendre leurs applications à la SE. Consécutivement, aux termes des articles 13 et 14 de la loi du 26 juillet 2005, certaines précisions ont été ajoutées dans le Code monétaire et financier et dans le Code des assurances concernant les SE ayant un objet social relevant de ces législations.

733. Les dispositions édictées par le Règlement SE doivent être complétées notamment par les règles de droit commun applicables aux SA. Les statuts d'une SE immatriculée en France, doivent contenir les mentions destinées à assurer le fonctionnement de la SE en application de son Règlement, ou de la loi du 26 juillet 2005. Ils doivent également introduire les mentions obligatoires pour toute SA, non expressément exclues par les dispositions spécifiques à la SE⁹³⁸. En outre, certaines clauses peuvent être librement élaborées si le Règlement SE l'autorise.

734. Ainsi, l'organisation interne de la société peut être librement organisée dans les statuts, lorsque le présent Règlement l'autorise expressément. Ceci également, lorsque les matières ne sont pas réglées par ce dernier ou, lorsqu'une matière l'est partiellement. La société est alors régie par les dispositions de ses statuts, dans les mêmes conditions

⁹³⁶ Ph. MARINI, *Rapport au Premier ministre, la modernisation du droit des sociétés*, op. cit., p. 14.

⁹³⁷ Le Titre III du Règlement n° 2157/2001 du Conseil du 8 10 2001, a été transposé en France dans la loi n° 2005-842 du 26 07 2005.

⁹³⁸ C. CATHIARD, « La société européenne en droit français, 1^{re} partie : Les modalités de constitution d'une SE en vue de son immatriculation en France », *Rev. soc.*, décembre 2005, p. 7.

Les statuts doivent préciser l'identité des signataires des statuts, la forme, la dénomination sociale, le capital social, le siège social, ainsi que le choix entre système le moniste et dualiste.

que pour une SA constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire⁹³⁹.

735. Pour ce qui est de la SE unipersonnelle immatriculée en France, en raison de sa particularité, elle bénéficie d'un régime particulier. Elle est notamment soumise à certaines des règles applicables à la SARL à un seul associé. Certaines règles applicables à la SE s'adaptent à la particularité de cette SE unipersonnelle⁹⁴⁰. A titre d'exemple, conformément aux dispositions de l'article 3 § 2 du Règlement SE et de l'article L 229-6 du Code de commerce, les dispositions visant le nombre d'actions dont chaque administrateur ou membre du conseil de surveillance doit être propriétaire ne seront pas applicables à la SE filiale unipersonnelle d'une SE⁹⁴¹. Autre exemple, puisque la SEU n'est composée que d'un seul actionnaire, il compose à lui seul l'assemblée générale et exerce seul les pouvoirs dévolus à cet organe⁹⁴².

736. Le Règlement SE formule un certain nombre de dispositions, qui ont pour objet de mettre en place les principaux organes de la SE et de définir leurs missions. Il laisse aussi une place aux droits étatiques (et aux statuts de la société) surtout lorsqu'une disposition risque de soulever des divergences⁹⁴³.

⁹³⁹ C'est ce qu'il ressort de l'article 9 du Règlement SE. Ce qu'il en ressort également, c'est que « les dispositions de loi adoptées par les États membres spécifiquement pour la SE doivent être conformes aux directives applicables aux sociétés anonymes figurant à l'annexe I ». Et « Si la nature des activités exercées par une SE est régie par des dispositions spécifiques de la législation nationale, celles-ci s'appliquent intégralement à la SE. »

⁹⁴⁰ Selon l'article 3 § 2 du Règlement SE, « les dispositions de l'État membre du siège statutaire de la SE filiale exigeant qu'une société anonyme ait plus d'un actionnaire ne sont pas d'application pour la SE filiale. Les dispositions nationales adoptées conformément à la douzième directive 89/667/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé s'appliquent mutatis mutandis aux SE ».

Voir supra.

⁹⁴¹ Selon l'article L 229-6 du Code de commerce, « elle est soumise aux dispositions applicables à la société européenne et à celles relatives à la société à responsabilité limitée à associé unique édictées par les articles L 223-5 et L 223-31. Dans cette hypothèse, l'actionnaire unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale. En cas de société européenne unipersonnelle, les articles L 225-25, L 225-26, L 225-72 et L 225-73 ne s'appliquent pas aux administrateurs ou membres du conseil de surveillance de cette société ».

« L'innovation de l'article L 229-6 alinéa 3 est bienvenue et ce d'autant plus qu'à défaut d'avoir prévu une dérogation pour la société européenne unipersonnelle, il résulte de l'article L 229-7 qui renvoie pour l'administration et la direction de la SE aux règles applicables aux SA que le conseil de surveillance d'une SEU doivent donc être composés d'au moins trois membres en vertu des articles L 225-18 et L 225-68. », M. MENJUCQ, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *op. cit.*, p. 253.

⁹⁴² Article L 229-6 alinéa 2 du Code de commerce, « dans cette hypothèse [c'est-à-dire dans le cadre de la SEU], l'actionnaire unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale ».

⁹⁴³ En effet, « les dispositions impératives sont, en général, évidentes et ne risquent pas de soulever des oppositions », et certaines dispositions impératives sont nuancées en permettant aux États membres de compléter telle ou telle règle impérative. J. BEGUIN, « L'avènement de la société européenne », *op. cit.*, p. 75.

737. Certaines mesures applicables à la SE, en particulier celles qui régissent le fonctionnement de l'administration de cette société, sont sensiblement communes à celles applicables à la SA (**section 1**). En revanche, d'autres mesures applicables à la SE sont plus innovantes et audacieuses notamment dans le fonctionnement des relations entre actionnaires lorsqu'elle est immatriculée en France (**section 2**).

Section 1 : Le fonctionnement de l'administration de la SE immatriculée en France

738. Quelque soit le mode d'organisation choisi pour administrer une SE (§ 1), il est régi par les dispositions édictées par le Règlement attenant. Elles doivent être complétées par les règles de droit commun, déduites du système de la SA. Mais aussi par les règles de droit commun applicables à toute société et par le droit commun des obligations, pour autant que ces règles soient susceptibles d'être transposées dans les deux régimes au regard de « leurs natures »⁹⁴⁴. Les organes sociaux de la SE s'appuient sur des outils pour réaliser sa mission (§ 2).

§ 1 : L'administration et la direction de la SE

739. L'administration et la direction de la SE sont organisées dans des structures (A) afin d'exercer la mission qui leurs est dévolue (B).

A) L'organisation des organes d'administration et de pouvoir de la SE

740. La SE comporte une assemblée générale des actionnaires et, soit un organe de surveillance et un organe de direction, soit un organe d'administration et un directeur général. En effet, selon l'option retenue par les statuts, l'administration de la société est assurée par un directoire sous le contrôle d'un conseil de surveillance, ou par un conseil d'administration⁹⁴⁵.

⁹⁴⁴ P. VAN OMMESELAGHE, « La structure de la société européenne », *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruylant, 2005, p. 108.

En effet, selon l'article L 229-7 du Code de commerce, « la direction et l'administration de la société européenne sont régies [notamment] par les dispositions de la section 2 du chapitre V du présent titre, à l'exception du premier alinéa des articles L 225-37 et L 225-82 et du quatrième alinéa de l'article L 225-64 ».

⁹⁴⁵ En effet, aux termes de l'article 38 § 2 du Règlement SE, la SE comporte soit un organe de surveillance et un organe de direction si le système dualiste est opté, soit un organe d'administration si le système moniste est opté.

741. Contrairement aux autres Etats membres, la législation française relative à la SA, offre depuis longtemps le choix entre ces deux systèmes d'organisation. La France n'a donc pas eu à modifier sa législation pour permettre aux actionnaires de la SE de bénéficier de l'option entre système dualiste et système moniste⁹⁴⁶.

742. En revanche, les Etats membres qui ne connaissent pas ces deux systèmes au sein de leurs législations doivent l'adopter. Ceci afin de permettre aux entreprises souhaitant constituer une SE, de choisir entre le système moniste et dualiste⁹⁴⁷.

743. Certaines des dispositions sont communes aux systèmes moniste et dualiste. Elles concernent les incompatibilités et interdictions, les conditions d'éligibilité, la durée des fonctions, les règles de quorum et de majorité des organes sociaux, l'obligation de confidentialité, les opérations donnant lieu à autorisation, la responsabilité civile des membres des organes sociaux, et la responsabilité pénale des membres des mêmes organes sociaux⁹⁴⁸.

744. Quelque soit le système d'administration choisi, le mode de nomination et de révocation des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, sont les mêmes⁹⁴⁹. Ils sont élus et révoqués par l'assemblée générale, sauf le président de chacun de ces organes, qui eux sont élus en leurs seins⁹⁵⁰. Ensuite, les membres du

⁹⁴⁶ A titre d'exemple, contrairement à la France, l'Allemagne ne connaissait que le système dualiste dans sa législation, tandis que le Royaume Uni et la Belgique ne connaissait que le système moniste ; J.-J. CAUSSAIN, « Les organes sociaux de la SE « à la française » », in *Société européenne, Journal des sociétés*, n° 28, janvier 2006, p. 48 ; N. LENOIR, « L'avenir de la « Societas Europea » », *op. cit.*, p. 33. Les auteurs se veulent rassurant quant à l'arrivée du système dualiste dans la législation de certains Etats membres, en assurant que « l'expérience allemande montre que ce régime ne s'est pas traduit en pratique, par une mainmise excessive du conseil de surveillance sur la gestion, comme certains l'avaient craint à l'origine. Au contraire, l'organe de gestion a acquis, dans les faits, une grande indépendance » ; P. VAN OMMEFLAGHE, « La structure de la société européenne », *op. cit.*, p. 119.

⁹⁴⁷ En effet, selon F. BLANQUET, bien que le verbe pouvoir est employé (« en l'absence de dispositions relatives », soit « à un système dualiste », soit « à système moniste », l'« Etat membre peut adopter les mesures appropriées concernant les SE »), l'article 39 § 5 et l'article 43 § 4 du Règlement SE doivent être lus comme imposant aux Etats membres d'offrir aux fondateurs de SE appelées à être soumises à leur droit local le libre choix entre le système moniste et le système dualiste, même si ce droit local ne prévoit pas ce libre choix pour les SA locales. Les Etats membres doivent offrir aux SE immatriculés sur leur territoire le libre choix entre le système moniste et le système dualiste. Cf. F. BLANQUET, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. soc.*, 2000, p. 115 s.

⁹⁴⁸ J.-J. CAUSSAIN, « Les organes sociaux de la SE « à la française » », *op. cit.*, p. 48 s.

⁹⁴⁹ Article 40 § 2 du Règlement SE.

⁹⁵⁰ La même disposition est prévue en droit français dans l'article L 225-81 du Code de commerce, même si elle prévoit en plus la nomination d'un vice président. Cependant, la solution diverge sur un point, en effet, selon l'article 42 et 45 du Règlement SE, si la moitié des membres ont été désignés par les travailleurs, seul un membre désigné par l'assemblée générale des actionnaires peut être élu président de l'organe d'administration et de surveillance.

premier conseil d'administration et du premier conseil de surveillance, peuvent être désignés par les statuts⁹⁵¹. En effet, le Règlement SE laisse aux Etats membres, la latitude de prévoir ou de donner aux statuts la possibilité des modalités de nomination et de révocation, calquées sur celles de la SA du lieu d'immatriculation de la SE. Pour les SE immatriculées en France, les modalités de nomination et de révocation des membres du conseil de surveillance et d'administration, se réfèrent aux dispositions de la SA. Ceci, parce que rien n'est prévu par le Règlement SE ou dans la loi d'adaptation de cette société en France. Par conséquent, ces nominations sont faites par l'assemblée générale ordinaire, qui a aussi le pouvoir de révoquer à tout moment⁹⁵².

745. Quant à la nomination et la révocation, du ou des membres de l'organe de direction, selon le Règlement SE, ce rôle appartient à l'organe de surveillance. Ils peuvent l'être par l'assemblée générale, si l'Etat du lieu de l'immatriculation de la société l'autorise à insérer cette possibilité dans les statuts, ce dans les mêmes conditions que pour la SA immatriculée sur le même territoire⁹⁵³. Dès lors, si la SE est immatriculée en France, les membres du directoire peuvent uniquement être nommés par le conseil de surveillance, car le droit applicable aux SA, ne donne pas d'alternative⁹⁵⁴. En revanche, ils peuvent être révoqués par le conseil de surveillance ou par l'assemblée générale si les statuts le prévoient. Ceci même si le droit français prévoit l'inverse⁹⁵⁵.

746. La nomination et la révocation du directeur général d'une SE ayant opté pour le système moniste, ne sont pas prévues par le Règlement SE. En conséquence, les modalités de nomination et de révocation pour ce poste dans une SE immatriculée en France, sont celles prévues par le droit applicable de la SA⁹⁵⁶.

⁹⁵¹ Articles 43 § 3 et 40 § 2 du Règlement SE.

⁹⁵² C'est ce qu'il résulte du 1^{er} et du 2^e alinéa de l'article L 225-18 du Code de commerce si la société a opté pour un système moniste et du 1^{er} et du 2^e alinéa de l'article L 225-75 al 1^{er} du Code de commerce si la société a opté pour un système dualiste.

⁹⁵³ Alinéa 2 de l'article 39 § 2 du Règlement SE.

⁹⁵⁴ Selon l'article L 225-59 du Code de commerce prévoit seulement la nomination des membres du directoire par le conseil de surveillance. En effet, aux termes de l'alinéa 1^{er} de cet article, « les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance qui confère à l'un d'eux la qualité de président ».

⁹⁵⁵ En effet, l'article L 225-61 du Code de commerce prévoit que les membres du directoire sont révoqués par l'assemblée générale ou par le conseil de surveillance si les statuts le prévoient.

⁹⁵⁶ Ainsi, le directeur général est nommé par le conseil d'administration

De même, selon l'alinéa 1^{er} de l'article L 225-53 du Code de commerce, « sur proposition du directeur général, le conseil d'administration peut nommer une ou plusieurs personnes physiques chargées d'assister le directeur général, avec le titre de directeur général délégué ». En outre, puisque la législation de la SA est applicable, la jurisprudence française l'est aussi.

747. En ce qui concerne, la durée du mandat des membres de chacun des organes de la SE, hormis le cas de révocation, elle prend fin selon celle fixée par les statuts. Cette durée ne peut pas excéder six ans. Néanmoins, ils peuvent être renommés une ou plusieurs fois pour la période citée⁹⁵⁷. La durée des fonctions des membres des organes de la SE, est la même que celle prévue pour les membres des organes d'une SA immatriculée en France.

748. Ensuite, qu'il s'agisse du nombre de membres de l'organe d'administration ou de surveillance, ou des règles pour sa détermination, le Règlement SE renvoie au droit commun de la SA. Mais, il permet aux Etats membres de fixer un nombre minimal voir maximal⁹⁵⁸. En France, le nombre composant ces différents organes de la SE sont fixés par les statuts. Toutefois, conformément au droit applicable en France, le conseil d'administration et le conseil de surveillance, doivent être composés entre trois et dix-huit membres au maximum⁹⁵⁹. Mais, dans certains cas, le nombre maximum des membres peut être dépassé. Ce dépassement a pour but de ne pas faire obstacle à une possible participation des salariés⁹⁶⁰.

749. En revanche, le nombre de personnes requises à la direction de la SE varie selon que la société a opté pour un système moniste ou dualiste. Ainsi, aux termes de l'alinéa 3 de l'article L 229-7 du Code commerce, si la SE a opté pour un système dualiste, la société est dirigée par un directoire composé de sept membres au plus.

750. Tandis que le directoire d'une SE immatriculée en France, à l'instar de la SA, est composé de cinq membres au plus. Ce chiffre peut s'élever jusqu'à sept, lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, ou au contraire se réduire à une seule personne, si le capital est inférieur à 150 000 euros⁹⁶¹. En effet, le Règlement SE renvoie au droit commun de la SA, pour connaître le nombre des membres de l'organe de direction, ou des modalités liées à sa détermination. Il laisse aux Etats membres la possibilité de fixer un nombre minimal voir maximal.

⁹⁵⁷ Article 46 du Règlement SE.

⁹⁵⁸ Les articles 40 § 3 et 43 § 2 du Règlement SE, emploient des formulations similaires.

⁹⁵⁹ Les articles L 225-17 alinéa 1^{er} du Code de commerce et L 225-69 du même Code, emploient des formulations similaires.

⁹⁶⁰ En effet selon l'article L 229-7 du Code de commerce, les dispositions du premier alinéa de l'article L 225-17 ne peut pas faire obstacle à la participation des travailleurs.

D'ailleurs, l'article 43 § 2 alinéa 2 du Règlement SE précise que « l'organe d'administration » doit être composé d'au trois membres, lorsque la participation des travailleurs dans la SE est organisée conformément à la Directive 2001/86/CE.

⁹⁶¹ C'est ce qu'il résulte de l'article L 225-58 du Code de commerce.

751. Evidemment, par nature, une seule personne peut se retrouver à la tête de la direction d'une SE si le système opté est moniste⁹⁶². Quelque soit le système adopté par la société, la ou les personnes désignées à la tête de la société se trouvent dans une « relation contractuelle » avec elle, fondée sur le mandat⁹⁶³.

752. Le régime des incompatibilités et des interdictions des membres des organes de la SE est le même que celui des organes de la SA immatriculée dans un même Etat⁹⁶⁴. La France n'a pas opté pour la solution proposée par le Règlement SE, consistant à insérer dans les statuts de la société, la possibilité pour qu'une autre société ou une autre entité juridique puisse être membre d'un de ses organes⁹⁶⁵.

753. Par conséquent, une personne morale ne peut pas être membre du directoire, ou directeur général ou encore président du conseil d'administration, d'une SE ayant son siège sur le territoire français. Seule une personne physique peut être membre du directoire, ou être nommée directeur général ou encore président du conseil d'administration d'une SA immatriculée en France⁹⁶⁶. Ceci à la différence d'un administrateur ou d'un membre du conseil de surveillance, d'une SA immatriculée en France car il peut être une personne physique ou une personne morale⁹⁶⁷. Cela signifie qu'une personne morale peut être nommée et prendre place dans le conseil

⁹⁶² En effet, selon l'article L 225-51-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce, « la direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général ». Néanmoins, selon l'article L 225-53 du Code de commerce, « sur proposition du directeur général, le conseil d'administration peut nommer une ou plusieurs personnes physiques chargées d'assister le directeur général, avec le titre de directeur général délégué ».

⁹⁶³ P. VAN OMMEFLAGHE, « La structure de la société européenne », *op. cit.*, p. 115.

⁹⁶⁴ En effet, selon l'article 47 § 2 du Règlement SE, les personnes qui ne peuvent faire partie, selon la loi de l'Etat membre du siège de la SE, de l'organe correspondant d'une société anonyme relevant du droit de cet Etat membre, ainsi que les personnes qui ne peuvent faire partie de l'organe correspondant d'une société anonyme relevant du droit d'un Etat membre en raison d'une décision judiciaire ou administrative rendue dans un Etat membre, ne peuvent être membres d'un organe de la SE, ni représentants d'un membre.

En outre, selon l'article 47 § 1 du Règlement SE précisent que si les statuts de la SE prévoient qu'une société ou autre entité juridique peut être membre d'un de ses organes, la société ou autre entité juridique doit désigner une personne physique pour l'exercice des pouvoirs dans l'organe concerné.

⁹⁶⁵ Alinéa 1^{er} de l'article 47 § 1 du Règlement SE.

⁹⁶⁶ Aux termes de l'alinéa 3 de l'article L 225-59 du Code de commerce, « à peine de nullité de la nomination, les membres du directoire ou le directeur général unique sont des personnes physiques [...] », et il résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article L 225-51-1 du même Code, que « la direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général ».

⁹⁶⁷ Selon l'alinéa 1^{er} de l'article L 225-76 du Code de commerce, « une personne morale peut être nommée au conseil de surveillance. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent [...] » et selon l'alinéa 1^{er} l'article L 225-20 du Code de commerce « une personne morale peut être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent [...] ».

d'administration ou le conseil de surveillance d'une SE immatriculée en France. Dans cette hypothèse, un représentant permanent, qui doit être une personne physique, sera désigné afin d'exercer les pouvoirs dans l'organe concerné.

754. Ensuite, comme dans une SA, un membre du conseil de surveillance, ne peut être aussi membre du directoire⁹⁶⁸. Cependant, afin d'éviter toute situation de blocage, contrairement à une SA immatriculée en France ayant optée pour un système dualiste, le conseil de surveillance d'une SE peut, en cas de vacance au sein du directoire, désigner un de ses membres pour exercer les fonctions de membre de l'organe de direction, pour une durée maximale de six mois⁹⁶⁹. Néanmoins, au cours de cette période, les fonctions de l'intéressé au sein du conseil de surveillance sont suspendues⁹⁷⁰.

755. Enfin, pour les membres qui représentent les actionnaires, les statuts de la SE peuvent fixer des conditions particulières d'éligibilité, à l'instar de ce qui est prévu par la loi de l'État membre du siège de la SE pour les SA⁹⁷¹. Il convient de se référer à la loi applicable à la SA du lieu d'immatriculation de la SE, pour connaître les incompatibilités et déchéances ou interdictions prévues pour les administrateurs. A titre d'exemple, puisque seuls les statuts d'une SA peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions qu'il détermine, il en est de même pour les administrateurs dans une SE immatriculée en France⁹⁷².

756. De même, sont renvoyés au droit applicable de la SA, toutes les interdictions, incompatibilités ou non cumul de fonctions des membres des organes de la SE, non renseignés par le Règlement SE ou par les dispositions spécifiques applicables à la SE du lieu d'immatriculation de la société.

⁹⁶⁸ En effet, en l'occurrence l'article 39 § 3 du Règlement SE et l'article L 225-74 du Code de commerce, édictent la même règle.

⁹⁶⁹ En effet, selon l'article L 229-7 alinéa 2 du Code de commerce et l'article R 229-23 du même Code, par exception à l'article L. 225-62 du même Code, en cas de vacance au sein du directoire, un membre du conseil de surveillance peut être nommé par ce conseil pour exercer les fonctions de membre du directoire pour le temps restant à courir jusqu'au renouvellement du directoire, sans que ce délai puisse excéder six mois.

⁹⁷⁰ Article 36 § 3 du Règlement SE.

⁹⁷¹ Aussi, *a contrario* de cette mesure prévue par l'article 47 § 3 du Règlement SE, les dirigeants représentants les actionnaires peuvent n'être qu'une catégorie parmi d'autres, voire ne pas être prévus par le droit national, et ainsi permettre la nomination d'administrateurs indépendants.

⁹⁷² En effet, l'article L 225-25 alinéa 1^{er} du Code de commerce s'applique aux administrateurs d'une SE immatriculée en France.

757. Les différents membres de ces organes exercent en leurs seins la mission qui leur est dévolue.

B) La mission dévolue aux organes sociaux

758. Pour la SE immatriculée en France qui a opté pour le système moniste, le conseil d'administration s'attribue le rôle de contrôle et de conseil de la direction. Tandis que le président directeur général ou le directeur général, est responsable de la direction de la société et de la marche de l'entreprise. En plus d'un directeur général, un ou des directeurs généraux peuvent être désignés afin d'assurer la gestion courante de la société dans les mêmes conditions que pour la SA immatriculée en France⁹⁷³.

759. Si la SE immatriculée en France a choisi le système dualiste, la responsabilité de la direction de la société et de sa gestion est confiée au directoire. Tandis que le conseil de surveillance est chargé de contrôler le directoire dans sa gestion et dans tous ses aspects, y compris son opportunité⁹⁷⁴. Un ou plusieurs directeurs généraux peuvent être désignés par le conseil de surveillance parmi les membres du directoire, afin d'assurer la gestion courante de la société dans les mêmes conditions que pour la SA immatriculées en France⁹⁷⁵.

760. De même, le conseil de surveillance peut, si les statuts l'y autorisent, attribuer le même pouvoir de représentation à un ou plusieurs membres du directoire. Ils porteront alors chacun le titre de directeur général⁹⁷⁶. Dans le cas contraire, la représentation de la société est honorée par le président du directoire.

761. La délimitation des fonctions de chacun permet également de délimiter les responsabilités des personnes chargées de la gestion et de celles exerçant la surveillance⁹⁷⁷. Les membres de l'organe de direction, de surveillance ou d'administration,

⁹⁷³ En effet, l'article 43 § 1 du Règlement SE qui offre cette possibilité, a été saisi car l'article L 229-7 du Code de commerce lève l'option et renvoie aux dispositions applicables aux SA, et donc à l'article L 225-66 du Code de commerce.

⁹⁷⁴ Article 39 § 1 et 40 du Règlement SE.

⁹⁷⁵ En effet, l'article 39 § 1 du Règlement SE qui offre cette possibilité a été saisi. L'article L 229-7 du Code de commerce lève l'option et renvoie aux dispositions applicables aux SA, et donc aux articles L 255-51-1 L 225-53 du Code de commerce.

⁹⁷⁶ Alinéa 2 de l'article L 225-66 du Code de commerce.

⁹⁷⁷ Le Règlement SE renforce également les droits des actionnaires minoritaires au sein des assemblées générales.

répondent, selon les dispositions de l'État membre du siège de la SE applicables à la SA, du préjudice subi par la SE par suite de la violation des obligations légales, statutaires ou autres, dans leurs fonctions⁹⁷⁸. Ainsi, la responsabilité des membres des organes de la SE est régie par les règles nationales relatives à la responsabilité des membres des organes de la SA, de l'État membre où la SE est établie⁹⁷⁹. Selon certains auteurs, en raison de la disparité des droits nationaux en la matière, il est (peut être) regrettable que le Règlement SE ne définisse pas un régime européen de la responsabilité des membres des organes sociaux⁹⁸⁰. D'autant que cette harmonisation pourrait, d'une part, apporter un élément de sécurité juridique pour les dirigeants d'un groupe ayant adopté la SE. D'autre part, elle pourrait être favorable envers les associés pour la réparation du préjudice subi en cas de fautes dans la gestion⁹⁸¹.

762. En ce qui concerne le mode de délibération des organes d'administration de la SE, que son système soit moniste ou dualiste, il est déterminé par l'article 50 du Règlement SE. Cependant il ne s'applique qu'à titre supplétif. Cet article ne s'applique que si les statuts n'en disposent pas autrement et que si ce Règlement ne prévoit pas lui-même de règles spécifiques. En effet, les statuts de la SE peuvent déroger à ces règles et renforcer les exigences de quorum et de majorité⁹⁸².

763. L'article L 229-7 du Code de commerce rend inapplicable, aux organes de la SE, les règles de quorum concernant les conseils de surveillance ou d'administration de la SA et les dispositions relatives aux délibérations du directoire⁹⁸³. Par conséquent, la moitié au moins des membres doivent être présents ou représentés pour assurer le quorum, que la délibération ait lieu dans un système moniste ou dualiste, bien que les statuts puissent en disposer autrement. Les décisions doivent être prises à la majorité des

⁹⁷⁸ L'article 51 du Règlement SE pose un principe général de responsabilité

⁹⁷⁹ J.-J. CAUSSAIN, « Les organes sociaux de la SE « à la française », *op. cit.*, p. 48.

⁹⁸⁰ Y. DE CORDT, « Le fonctionnement de la société européenne », *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruylant, 2005, p. 123 s.

⁹⁸¹ N. LENOIR, « L'avenir de la « Societas Europea » », *op. cit.*, p. 33 ; J.-L. NAVARRO, « Suggestions, pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux », in « *Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir ?* », *Petites affiches*, 2007, n° 154, p. 39 s.

⁹⁸² Cependant, selon l'article 50 § 3 du Règlement SE, lorsque la participation des travailleurs est organisée conformément à la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 10 2001, complétant le statut de la SE pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, un État membre peut prévoir que le quorum et la prise de décision de l'organe de surveillance sont, par dérogation aux paragraphes 1 et 2, soumis aux règles applicables, dans les mêmes conditions, aux sociétés anonymes relevant du droit de l'État membre concerné.

⁹⁸³ Cf. article L 229-7 du Code de commerce.

membres présents ou représentés. En cas de partage des voix, et sauf clause contraire, la voix du président de chaque organe est prépondérante⁹⁸⁴.

764. Cette prépondérance du président a été jugée indispensable afin que l'antagonisme potentiel entre le facteur travail et le capital ne dégénère en une paralysie de la société. Néanmoins, les statuts de la société peuvent en disposer autrement et ainsi priver le président de sa voix prépondérante ou ne la lui reconnaître que pour certaines décisions particulières. Par ailleurs, aucune disposition statutaire contraire n'est possible lorsque l'organe de surveillance est composé pour moitié de représentants des travailleurs.

765. Enfin, le conseil d'administration doit se réunir au moins tous les trois mois selon une périodicité fixée par les statuts pour délibérer de la marche des affaires de la SE et de son « évolution prévisible »⁹⁸⁵. Le Règlement SE n'indique pas la fréquence à laquelle le conseil de surveillance doit se tenir. En conséquence, la réponse doit être recherchée dans la législation de l'Etat du lieu d'immatriculation de la société. Selon la législation française, cette périodicité doit être déterminée par les statuts de la SA et donc de la SE⁹⁸⁶.

766. Il existe dans le Règlement SE une disposition ayant des similitudes à celle précédemment évoquée. En effet, l'organe de surveillance doit être informé par l'organe de direction au moins tous les trois mois, de la marche des affaires de la SE et de son évolution prévisible. Tandis que l'organe d'administration doit se réunir à cette même fréquence pour délibérer sur les mêmes sujets que ceux qui font l'objet des informations précédemment évoquées⁹⁸⁷.

Transition 767. L'exercice du pouvoir est dévolu aux organes de direction, sous le regard des autres organes de la SE. Ces derniers, détiennent des outils leur permettant d'encadrer l'exercice du pouvoir.

⁹⁸⁴ Cependant, aucune clause contraire ne peut être prévue si l'organe de surveillance est composé pour moitié de représentants des travailleurs.

⁹⁸⁵ Article 44 § 1 du Règlement SE.

⁹⁸⁶ Cf. article R 225-45 du Code de commerce.

⁹⁸⁷ En effet, selon l'article 44 § 1 du Règlement SE, « l'organe d'administration se réunit au moins tous les trois mois selon une périodicité fixée par les statuts pour délibérer de la marche des affaires de la SE et de leur évolution prévisible ». Et selon l'article 41 § 1 du Règlement SE, « l'organe de direction informe l'organe de surveillance au moins tous les trois mois de la marche des affaires de la SE et de leur évolution prévisible ».

§ 2 : Les outils servant l'administration de la SE

768. Le conseil de surveillance et le conseil d'administration exercent un contrôle de la gestion, notamment grâce à l'information **(A)** qu'elles peuvent obtenir du conseil de direction et, à l'autorisation préalable d'actes visés par ce dernier **(B)**, sans pour autant s'immiscer dans l'exercice de la mission dévolue à ce conseil.

A) L'accès à l'information

769. Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leurs mises en œuvre (L 225-35 al 1^{er} du Code de commerce). Il peut se saisir de toute question relative à la bonne marche de la société et régler par ses délibérations les affaires qui la concernent⁹⁸⁸. Comme le conseil de surveillance, le conseil d'administration possède également des pouvoirs de contrôles et de vérifications⁹⁸⁹. En conséquence, cet organe détient un pouvoir général d'orientation et de surveillance.

770. La mission dévolue au conseil de surveillance est plus restreinte que celle qui appartient au conseil d'administration. En effet, il se cantonne au contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire (L 225-68 al 1^{er} du Code de commerce). En conséquence, l'information apportée au conseil de surveillance est capitale. Elle doit être régulière et ponctuelle.

771. Ainsi, la mission attribuée au conseil de surveillance et d'administration, ne peut être effectuée en l'absence d'informations nourries et ponctuelles⁹⁹⁰. D'une part, l'organe de direction (ou le président directeur général ou encore le directeur général) doit régulièrement informer l'organe de surveillance (ou l'organe d'administration), au moins tous les trois mois, de la marche des affaires de la SE et de son « évolution prévisible ». Cette fréquence n'est prévue que dans la législation française relative au conseil de surveillance⁹⁹¹. D'autre part, l'organe de direction doit pouvoir leur communiquer en

⁹⁸⁸ Cependant, selon l'article L 225-35 alinéa 1^{er} du Code de commerce, sous réserve seulement des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social.

⁹⁸⁹ Selon l'article L 225-35 alinéa 3 du Code de commerce, au même titre que le conseil de surveillance, le conseil d'administration détient le même pouvoir.

⁹⁹⁰ Le droit à l'information du conseil de surveillance est ici accentué en raison du rôle attribué à cet organe.

⁹⁹¹ Les articles 41 § 1 et 44 § 1 du Règlement SE, emploient les mêmes termes. Et, la formule employée est similaire à celle qui est utilisée dans l'alinéa 4 l'article L 225-68 du Code de commerce.

temps utile toute information sur des événements susceptibles d'avoir des répercussions sensibles pour la société.

772. Cette première obligation qui incombe au directoire d'une SE, existe déjà pour le directoire d'une SA immatriculée en France⁹⁹². En revanche, la seconde obligation est assez inédite. Cette dernière faite au directoire est une application de l'article 41 § 2 du Règlement SE et n'apparaît pas dans la législation applicable à la SA immatriculée en France optant pour un système dualiste⁹⁹³. Par conséquent, la communication régulière ne suffit pas. Dès qu'un élément nouveau survient et qu'il peut avoir des répercussions sensibles sur la situation de la société, le conseil de surveillance doit en être informé. L'obligation de communication faite au directoire est donc renforcée.

773. En sus des informations délivrées par le directoire, le conseil de surveillance peut prendre l'initiative de demander au directoire, de lui fournir les informations de toute nature « nécessaires » à l'exercice de sa mission. L'exercice de son pouvoir de vérification implique que le conseil de surveillance ait un « droit illimité de regard » sur toutes les opérations de la société⁹⁹⁴. Aussi, afin d'exercer ses fonctions, le conseil de surveillance d'une SE peut tout comme le conseil de surveillance d'une SA immatriculée en France, demander à l'organe de direction qu'il lui adresse un rapport sur tout ou partie de ses actes, décisions et opérations⁹⁹⁵. Comme dans la législation française, le Règlement SE précise que l'information doit être nécessaire et non utile. L'emploi du terme nécessaire réduit le champ du droit de communication du conseil de surveillance⁹⁹⁶. Avec le même objectif de poursuivre sa mission, comme le conseil de surveillance d'une SA immatriculée en France, le conseil de surveillance d'une SE opère ou fait procéder aux vérifications et aux contrôles qu'il peut juger opportun⁹⁹⁷.

⁹⁹² Cette obligation faite à la direction d'une SE dans l'article 41 § 1 du Règlement SE, est similaire à celle qui est faite à la direction d'une SA immatriculée en France dans l'article L 225-68 article 4 du Code de commerce.

⁹⁹³ Néanmoins, selon les articles L 234-1 du Code de commerce et R 234-1 du même Code, lorsqu'une procédure d'alerte est déclenchée par le commissaire aux comptes, le conseil de surveillance (ou d'administration) doit être réunie afin de traiter des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation mais, ce n'est qu'à défaut d'une réponse satisfaisante du directoire.

⁹⁹⁴ Y. DE CORDT, « Le fonctionnement de la société européenne », *op. cit.*, p. 123 s.

⁹⁹⁵ En effet, cette possibilité offerte par l'article 41 § 3 du Règlement SE, est similaire à la disposition existante dans l'article L 225-68 alinéa 3 du Code de commerce.

⁹⁹⁶ Le terme « nécessaire » est employé aussi bien dans le Règlement SE que dans la législation française dans l'article L 225-68 alinéa 1^{er} et 3 du Code de commerce. Auparavant, le 1^{er} et le 3^e alinéa de l'article L 225-68 du Code de commerce, employait le terme « utile » avant qu'il ne soit modifié par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, art. 11, II.

⁹⁹⁷ Cette possibilité offerte par l'article 41 § 4 du Règlement SE, est similaire à la disposition existante dans l'article L 225-68 alinéa 3 du Code de commerce.

774. La nature de l'information délivrée n'est pas explicitée par le Règlement SE. En conséquence, il faut se référer à la législation applicable du lieu d'immatriculation de la SE. A ce sujet, la législation française n'est plus explicite non plus mais, elle donne des indications⁹⁹⁸. A titre d'exemple, afin que le conseil de surveillance puisse accomplir sa mission au sein de la société, le directoire doit notamment lui remettre les documents visés par l'article L 225-100 alinéa 2 du Code de commerce⁹⁹⁹. En effet, selon l'article L 229-7 alinéa 1^{er} du Code de commerce (sauf exception), tous les documents qui doivent être délivrés au conseil de surveillance d'une SA immatriculée en France, doivent également l'être au conseil de surveillance d'une SE située sur le même territoire¹⁰⁰⁰. Enfin, l'information communiquée doit être compréhensible. Sa transmission doit s'opérer « en temps utile et de bonne foi » pour que son usage soit possible et son analyse pertinente¹⁰⁰¹.

775. Cette avalanche d'informations à laquelle le conseil de surveillance peut accéder, peut sembler exagérer et lourde à gérer. Pourtant, comment pourrait-il alors exercer son rôle de contrôle permanent de la gestion, alors que les membres mêmes de ce conseil engagent leurs responsabilités personnelles ?

776. Le Règlement SE permet aux Etats membres d'inclure dans leurs législations le bénéfice individuel de la communication des informations au même titre que le conseil de surveillance lui-même. La France a levé cette option¹⁰⁰². Contrairement à la SA

⁹⁹⁸ En raison de l'étendu de ses pouvoirs, il peut examiner « la comptabilité et les écritures sociales, mais aussi tous les éléments d'actif, la caisse, le portefeuille, les stocks, ect., ainsi que tous les éléments de passif, et, d'une manière générale, tous documents quels qu'ils soient, qu'ils émanent de la société ou qu'ils lui soient destinés », J.-J. CAUSSAIN, *Le directoire et le conseil de surveillance de la société anonyme*, Litec, p. 176.

⁹⁹⁹ Selon l'article L 225-68 alinéa 5 du Code de commerce, ces documents doivent être communiqués au conseil de surveillance, dans le délai de trois mois à compter de chaque exercice, aux fins de vérification et de contrôle.

¹⁰⁰⁰ Ce raisonnement s'applique aussi au conseil d'administration d'une SE.

¹⁰⁰¹ Y. de CORDT, « Le fonctionnement de la société européenne », *op. cit.*, p.123 s.

¹⁰⁰² L'option proposé à l'article 41 § 3 du Règlement SE, a été incluse dans l'article L 229-7 alinéa 4 du Code de commerce. En conséquence, chaque membre du conseil de surveillance peut se faire communiquer par le président du directoire les documents qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission. En revanche, puisque rien n'est indiqué dans le Règlement SE en ce sens, aussi bien dans une SE que dans une SA, les membres de cet organe ne peuvent pas se faire assister. Chaque fois qu'un tiers est autorisé à intervenir au sein de la société, il existe une disposition explicite en ce sens, *Rép. min. à QE n° 15330, JOAN Q. 25 janvier 1975, p. 310* ; J.-J. CAUSSAIN, *Le directoire et le conseil de surveillance de la société anonyme*, *op. cit.*, p. 176.

immatriculée en France ayant opté pour le système dualiste, cette mesure apparaît clairement dans la législation applicable à la SE¹⁰⁰³.

777. Les administrateurs (les membres du conseil d'administration) d'une SA immatriculée en France bénéficient aussi de ce droit individuel à l'information, ceci est clairement indiqué dans la législation¹⁰⁰⁴. Cette mesure s'applique aussi à la SE immatriculée en France ayant opté pour le système moniste. Il a été donc inutile de prendre une mesure spécifique à la SE.

778. Par conséquent, dans la SE située en France, les membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance, bénéficient de l'information dédiée à l'organe auquel ils appartiennent. En outre, chaque membres du conseil de surveillance, ainsi que les administrateurs d'une SE peuvent prendre connaissance des informations transmises à l'organe auquel ils sont rattachés¹⁰⁰⁵.

779. Pourtant, un risque certain existe. Une « paralysie », ou du moins une « entrave » au fonctionnement de la société, peut venir d'un trop plein de demandes d'information. Or, le conseil de direction ne peut pas passer son temps à répondre aux questions des membres du conseil de surveillance¹⁰⁰⁶. Aussi, le président du conseil de surveillance doit jouer un rôle de pondération et de cohésion, en filtrant les demandes et en faisant l'étude de leurs opportunités¹⁰⁰⁷.

780. Néanmoins, le conseil de direction ne peut pas refuser de répondre aux questions du conseil de surveillance. Ce dernier ne peut pas non plus s'abstenir de répondre aux questions posées par les actionnaires réunis en assemblée générale. Même si les informations demandées peuvent prétendument être de nature à porter « gravement préjudice à la société, à ses actionnaires ou à son personnel »¹⁰⁰⁸. En effet, sauf hypothèse

¹⁰⁰³ Bien que ce droit individuel ne soit pas mentionné dans la législation, compte tenu de la responsabilité personnelle qu'il peut encourir, chacun des membres du conseil de surveillance peut demander aux dirigeants tous documents et renseignements qu'il estimerait utiles à l'exercice de sa mission de contrôle, *Rép. min. à QE n° 15330, JOAN Q. 25 janvier 1975, p. 310.*

¹⁰⁰⁴ En effet selon l'alinéa 3 de l'article L 225-35 du Code de commerce, le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

¹⁰⁰⁵ En effet, selon l'article 44 § 2 du Règlement SE, chacun des administrateurs d'une SE peut prendre connaissance de toutes les informations transmises à l'organe auquel il appartient. Cette même règle s'applique aux membres du conseil de surveillance, selon l'article 41 § 5 du Règlement SE.

¹⁰⁰⁶ Y. DE CORDT, « Le fonctionnement de la société européenne », *op. cit.*, p. 123 s.

¹⁰⁰⁷ Y. DE CORDT, *ibid.*, p. 123 s.

¹⁰⁰⁸ Y. DE CORDT, *ibid.*, p. 123 s.

d'abus de droit, les motifs de refus légitimes sont rares. Le droit d'interpellation des actionnaires est « absolu » et son exercice ne peut pas être entravé par la stipulation de conditions formelles¹⁰⁰⁹.

781. L'accès aux informations, dont certaines peuvent être cruciales pour la société, n'est pas sans contrepartie. En effet, les membres des organes de la SE sont tenus de ne pas divulguer, ceci même après la cessation de leurs fonctions, des informations sur la société, dont la divulgation serait susceptible de porter préjudice à ses intérêts. Ainsi, les risques de fuite d'informations en faveur de concurrents, ou que les informations délivrées soient suspectées de nuire à des négociations en cours, sont très réduits¹⁰¹⁰. L'accès à l'information a pour contrepartie sa non divulgation.

782. Il existe dans la législation française applicable à la SA une obligation équivalente¹⁰¹¹. Il existe pourtant une différence, d'une part, le droit français emploie le terme « discrétion », alors que le Règlement SE emploie le terme « divulgation ». D'autre part, ce Règlement est plus précis dans sa définition. Il précise les personnes soumises à cette obligation, dans l'article 38. Cela désigne l'assemblée générale des actionnaires, et selon le système retenu dans les statuts, soit l'organe de surveillance et l'organe de direction (dans le système dualiste), soit l'organe d'administration (dans le système moniste). Cela concerne aussi les représentants des salariés aux conseils d'administration ou de surveillance¹⁰¹².

783. En revanche, cette obligation de non divulgation est levée lorsque cette dernière est exigée ou admise par la loi de l'Etat d'immatriculation de la SE, ou dans l'intérêt public¹⁰¹³. Ainsi, si la société se situe en France, les dérogations à cette obligation sont celles qui existent dans la législation française applicable à la SA.

¹⁰⁰⁹ Y. DE CORDT, *ibid*, p. 123 s.

¹⁰¹⁰ « Les administrateurs pourraient, notamment, s'abstenir de donner, en répondant à une question d'un actionnaire, des informations susceptibles de nuire à des négociations en cours, de profiter à un concurrent de la société ou de trahir une obligation de secret à charge de la société », Y. de CORDT, *ibid*, p. 123.

¹⁰¹¹ Article L 225-37 alinéa 5 et article L 225-92 du Code de commerce.

¹⁰¹² Tandis que selon l'article L 225-37 alinéa 5 du Code de commerce, applicable aux SA, les personnes soumises à cette obligation sont floues. Il indique seulement que ce sont ce sont « les administrateurs, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration, sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président du conseil d'administration ».

¹⁰¹³ Article 49 du Règlement SE.

A titre d'exemple, cette exception peut trouver application dans le domaine des groupes de sociétés et dans le cas des administrateurs qui représentent des groupes d'actionnaires, conformément au droit belge interne en la matière, cf. P. VAN OMMEFLAGHE, « La structure de la société européenne », *op. cit.*, p. 109.

784. Le droit à l'information n'est pas le seul instrument permettant aux organes sociaux d'exercer leurs missions. En effet, ils peuvent avoir recours dans certaines opérations à la soumission d'une autorisation.

B) Les opérations soumises à autorisation

785. Comme la législation française applicable à la SA, le Règlement SE soumet certaines catégories à une autorisation préalable et s'attache ainsi à la prévention de conflit d'intérêt¹⁰¹⁴. En effet, les conseils d'administration et de surveillance n'ont pas un pouvoir de gestion sur la SE mais, ils peuvent soumettre certains cas d'opérations à leur autorisation préalable, selon les conséquences liées à ces opérations.

786. Cependant, contrairement au droit français, le Règlement SE laisse le soin aux statuts de la société de déterminer les conventions réglementées, soumises à une autorisation préalable, par l'organe de surveillance ou d'administration, selon le système opté par la société.

787. Dès lors, les opérations, dites soumises à cette approbation préalable du conseil de surveillance ou d'administration, sont libres si elles n'apparaissent pas dans une des clauses des statuts de la SE immatriculée en France. Ceci, même si elles peuvent intéresser directement ou indirectement les membres des organes de direction, d'administration ou de contrôle.

788. Pour les catégories de conventions réglementées, soumises par les statuts à l'autorisation préalable du conseil de surveillance ou du conseil d'administration, ceux de la SE doivent prévoir des règles similaires aux dispositions prévues pour la SA. Ainsi, les opérations qui peuvent être à minima soumises à autorisation, sont les mêmes que celles relevant des articles L 225-38 à L 225-42 du Code de commerce, et L 225-86 à L 225-90 du même Code¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁴ « De telles conventions [les conventions réglementées] créent entre l'intérêt personnel du cocontractant intéressé et celui des actionnaires de la société contractante en ce sens que le premier pourrait abuser de l'influence que lui procurent ses fonctions ou pouvoirs en vue d'obtenir des droits ou avantages au préjudice de la seconde », cf. D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, p. 100.

¹⁰¹⁵ Selon l'article 48 § 2 du Règlement SE « un État membre peut déterminer les catégories d'opérations devant au minimum figurer dans les statuts des SE immatriculées sur son territoire ». Aussi selon le dernier alinéa de l'article L 229-7 du Code de commerce, « les statuts doivent prévoir des règles similaires à celles énoncées aux articles L 225-38 à L 225-42 et L 225-86 à L 225-90 (ces dispositions déterminent le régime

789. En conséquence, les conventions dites libres ou interdites dans le droit français de la SA, sont également applicables à la SE immatriculée en France. En effet, selon le 1^{er} alinéa de l'article L 229-7 du Code de commerce, la direction et l'administration de la SE sont régies par les dispositions de la section 2 du chapitre V, du titre relatif aux « dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales », dans lesquelles sont incluses les dispositions relatives aux conventions dites libres et interdites.

790. Les modalités d'autorisation des conventions, insérées dans les statuts, sont les mêmes que celle prévues pour les conventions réglementées. Elles sont soumises à une autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance¹⁰¹⁶. Puis, le président du conseil donne avis aux commissaires aux comptes de toutes les conventions autorisées et soumet celles-ci à l'approbation de l'assemblée générale. Enfin, l'assemblée générale statue sur le rapport du commissaire aux comptes relatif aux conventions soumises à autorisation¹⁰¹⁷.

791. Ainsi, la liberté laissée aux sociétés d'insérer dans leurs statuts les conventions pouvant être soumises à autorisation, contrebalance le fait que la procédure d'autorisation soit imposée. En effet, les milieux d'affaires français ont critiqué la levée de cette option, faisant remarquer que la procédure d'approbation des conventions réglementées est laissée aux statuts dans les autres Etats membres¹⁰¹⁸.

792. Les mesures d'adaptation prises par le législateur ne concernent pas seulement le fonctionnement de l'administration, mais également le fonctionnement des relations entre les actionnaires.

des conventions réglementées des SA). Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une société visée à l'article L 229-6, la mention au registre des délibérations vaut approbation de la convention ».

Quant au législateur belge, il n'a pas recouru de manière spécifique à cette disposition pour déterminer des catégories d'opérations devant en tout cas être soumises par les statuts à l'autorisation du conseil de surveillance, dans un souci de souplesse. Cependant, le droit belge organise des procédures spécifiques applicables aux conflits d'intérêts au sein de la SE.

¹⁰¹⁶ Selon le 1^{er} alinéa de l'article L 225-40 du Code de commerce, l'intéressé ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée.

¹⁰¹⁷ Selon le dernier alinéa de l'article L 225-40 du Code de commerce, la personne qui sollicite l'autorisation, ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

¹⁰¹⁸ N. LENOIR, « L'avenir de la « Societas Europea » », *op. cit.*, p. 33.

Section 2 : Les actionnaires d'une SE immatriculée en France

793. Le haut lieu d'échanges entre actionnaires se déroule au sein de l'assemblée générale de la société. Comme dans une SA, la tenue de l'assemblée générale d'une SE se déroule par étapes (§ 1) dont certaines sont évoqués dans le Règlement SE. D'ailleurs, l'organisation des relations entre actionnaires d'une SE immatriculée en France fait l'objet de nombreuses attentions particulières (§ 2).

§ 1 : La mise en œuvre d'une assemblée générale d'une SE

794. La tenue d'une assemblée générale ne s'improvise pas, elle s'organise selon un mode opératoire défini. En effet, qu'il s'agisse de la tenue de l'assemblée générale d'une SA et *a fortiori* de celle d'une SE, elle fait l'objet de différentes étapes. Cependant, toutes ne seront pas abordées ici. Seules celles qui sont en lumière dans le Règlement SE seront traitées, telle que la convocation de l'assemblée générale (A), et l'objet de cette assemblée (B), puisque les autres étapes de la procédure sont renvoyées au droit applicable de la SA, du lieu d'immatriculation de la SE.

A) La convocation de l'assemblée générale

795. L'assemblée générale ordinaire d'une SE doit, comme l'assemblée générale ordinaire d'une SA immatriculée en France, se réunir au moins une fois par année calendaire, dans les six mois de la clôture de l'exercice¹⁰¹⁹. Un État membre peut prévoir que la première assemblée générale ait lieu dans les dix-huit mois suivant la constitution de la SE. Cependant, la France n'a pas opté pour cette possibilité. Elle renvoie aux dispositions applicables aux assemblées générales de la SA¹⁰²⁰.

796. Il existe une autre exception. Une fréquence supérieure peut être prévue par la loi applicable à la SA de l'État membre du siège, exerçant des activités spécifiques. En conséquence, la SE située en France exerçant ces mêmes activités est soumise aux mêmes règles que celles suivies par la SA immatriculée en France poursuivant ce même type

¹⁰¹⁹ En effet, l'article 54 du Règlement SE et l'article L 225-100 du Code de commerce, édictent la même règle.

¹⁰²⁰ La règle proposée à l'article 54 § 1 du Règlement SE n'a pas été optée par la France et selon l'article L 229-8 du Code de commerce, les dispositions applicables à l'assemblée générale d'une SA sont applicables à l'assemblée générale d'une SE immatriculée en France.

d'activité. Les activités visées sont celles des banques et d'assurances, établissements aux activités réglementées. Elles se voient imposées une fréquence plus élevée de leurs assemblées¹⁰²¹.

797. En plus de ces réunions imposées, l'organe de direction, l'organe d'administration, l'organe de surveillance, ou tout autre organe ou autorité compétente conformément à la loi nationale de l'État membre du siège statutaire de la SE applicable à la SA, peuvent convoquer à tout moment une assemblée générale¹⁰²². Dès lors, la liste limitative des personnes pourvues du droit de convocation formulée dans l'article L 225-103 du Code de commerce, est aussi applicable à la SE immatriculée en France. Ainsi, seul le conseil d'administration (et non le président), ou le directoire, peut prendre l'initiative de convoquer une assemblée générale. Néanmoins, ce même article autorise d'autres personnes à avoir ce pouvoir, mais seulement à titre subsidiaire¹⁰²³. En revanche, contrairement à la législation applicable à la SA, le Règlement SE, dans son article 55 §1, fournit aux actionnaires un droit de convocation, non pas à titre subsidiaire mais à titre principal.

798. En effet, un ou plusieurs actionnaires disposant ensemble 10 % au moins du capital souscrit¹⁰²⁴ peuvent demander la convocation d'une assemblée générale et la fixation d'un ordre du jour (d'un ou plusieurs nouveaux points à l'ordre du jour)¹⁰²⁵. Le Règlement SE se soucie de la protection des actionnaires minoritaires et assure un équilibre au sein des sociétés où les organes d'administration sont jugés « trop dominants »¹⁰²⁶. Pourtant, le pourcentage prévu par ce Règlement est élevé dans des

¹⁰²¹ J.-L. COLOMBANI, M. FAVERO, *Societas Europea, La société européenne (SE)*, éd Joly, 2002, p. 101.

¹⁰²² Article 54 § 2 du Règlement SE.

¹⁰²³ En effet, selon l'article L 225-103 du Code de commerce, « -L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas. II.-A défaut, l'assemblée générale peut être également convoquée : 1° Par les commissaires aux comptes ; 2° Par un mandataire, désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social, soit d'une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 ; 3° Par les liquidateurs ; 4° Par les actionnaires majoritaires en capital ou en droits de vote après une offre publique d'achat ou d'échange ou après une cession d'un bloc de contrôle. III.-Dans les sociétés soumises aux articles L. 225-57 à L. 225-93, l'assemblée générale peut être convoquée par le conseil de surveillance. IV.-Les dispositions qui précèdent sont applicables aux assemblées spéciales. Les actionnaires agissant en désignation d'un mandataire de justice doivent réunir au moins un vingtième des actions de la catégorie intéressée ».

¹⁰²⁴ Et non des droits de vote.

¹⁰²⁵ L'ordre du jour est « la liste fixée à l'avance des questions qu'une assemblée délibérante aura à examiner au cours d'une séance, suivant le rang dans lequel elles ont été inscrites », H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*,

¹⁰²⁶ Y. DE CORDT, « Le fonctionnement de la société européenne », *op. cit.*, p. 123 s.

sociétés cotées à l'actionnariat dispersé, il est donc peu adapté à la réalité « contrastée » des futures SE¹⁰²⁷.

799. Néanmoins, le Règlement SE est d'une certaine souplesse. Les statuts peuvent prévoir un taux moindre (un taux de 10% pour certaines catégories d'actions et le taux applicable dans leurs SA nationales pour d'autres actions)¹⁰²⁸. Sauf si la loi nationale du lieu d'immatriculation de la SE est dotée d'une règle différente. Dans ce cas, les conditions applicables à la SA le seront aussi à la SE¹⁰²⁹. Par conséquent, puisque cette règle procure aux actionnaires un droit de convocation à titre principal, et que le droit français de la SA ne confère un tel droit qu'à titre subsidiaire¹⁰³⁰, les statuts d'une SE immatriculée en France peuvent *a priori* fixer le taux nécessaire pour convoquer une assemblée générale. Cette possibilité est d'autant plus forte que cette mesure prévue par le Règlement SE ne préjuge pas des dispositions nationales permettant aux actionnaires de convoquer une assemblée générale¹⁰³¹. Ainsi, puisque les règles françaises applicables aux assemblées générales de la SA sont également applicables aux assemblées générales de la SE immatriculée en France, les actionnaires d'une SE peuvent, tout comme les actionnaires d'une SA, bénéficier d'un droit de convocation à titre subsidiaire.

800. Par ailleurs, « afin de renforcer l'efficacité de la mesure et de palier à la carence de l'organe requis de procéder à la convocation », l'article 55 § 3 du Règlement SE impose au législateur de désigner une autorité judiciaire ou administrative compétente pour ordonner la convocation dans un délai déterminé ou pour donner l'autorisation de

¹⁰²⁷ Aussi parmi les formules flexibles, l'auteur propose à titre d'exemple un pourcentage inversement proportionnel au montant du capital social, ou encore un pourcentage différent selon que la société est cotée ou non ; Y. DE CORDT, « Le fonctionnement de la société européenne », *op. cit.*, p. 123 s.

¹⁰²⁸ Cependant, cette souplesse sera supprimée si la loi de l'Etat du siège aligne le pourcentage applicable aux sociétés européennes sur celui des SA nationales, par hypothèse inférieur, *cf.* Y. DE CORDT, *ibid.*, p. 123 s.

¹⁰²⁹ Selon l'article 55 § 1 du Règlement SE, « la convocation de l'assemblée générale et la fixation de l'ordre du jour peuvent être demandées par un ou plusieurs actionnaires disposant ensemble d'actions représentant 10 % au moins du capital souscrit, un pourcentage plus bas pouvant être prévu par les statuts ou par la loi nationale dans les mêmes conditions que celles applicables aux sociétés anonymes ».

¹⁰³⁰ Le droit français ne confère un droit de convocation aux actionnaires réunissant un pourcentage moindre, qu'à défaut de convocation par le conseil d'administration ou le directoire. En effet, selon l'article L 225-103 du Code de commerce, « I. - L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas. II. - A défaut, l'assemblée générale peut être également convoquée : [...] 2° par un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social ». Ce seuil est dégressif en fonction de l'importance du capital social selon un barème en fonction de l'importance du capital social selon un barème fixé par décret du 23 mars 1967, article 128. Les propositions doivent être adressées à la société vingt cinq jours au moins avant la date de l'assemblée, lorsqu'il s'agit d'une société non cotée, article 129 du décret du 23 mars 1967.

¹⁰³¹ Cette disposition s'ajoute aux dispositions nationales qui peuvent prévoir la possibilité pour les actionnaires mêmes de procéder à la convocation de l'assemblée générale, selon l'article 55 § 3 du Règlement SE.

convoquer l'assemblée générale, aux actionnaires qui en ont formulé la demande, ou à un mandataire de ceux-ci. Le droit français ne prévoit pas de mesure spécifique, il convient donc de se référer au droit applicable à la SA dans une situation équivalente. Ainsi, en combinant le droit français à la mesure visée par le Règlement SE, si la convocation de l'assemblée n'a pas eu lieu la demande est présentée au Président du Tribunal de Commerce, qui désignera un mandataire ad hoc¹⁰³².

801. Convoquer une assemblée générale pour qu'elle ait lieu ne suffit pas, un ordre du jour doit également être fixé.

B) L'objet de l'assemblée générale

802. Celui qui convoque l'assemblée générale d'une SE, doit aussi fixer l'ordre du jour, ceci afin de justifier sa demande. Puisque le Règlement SE ne précise pas qui doit fixer l'ordre du jour, il convient d'appliquer à la SE immatriculée en France le droit français applicable aux SA¹⁰³³.

803. Néanmoins, l'auteur de la convocation de l'assemblée générale n'est pas le seul tributaire de cet ordre du jour. En effet, selon le Règlement SE, bien qu'ils ne soient pas l'auteur de la convocation de l'assemblée générale, un ou plusieurs actionnaires, disposant de 10 % au moins du capital souscrit, peuvent ajouter à l'ordre du jour, un ou plusieurs points¹⁰³⁴. Pour que cette disposition soit applicable, il faut se référer soit à la loi applicable à la SA du lieu d'immatriculation de la SE, soit aux statuts de la SE. Par conséquent, pour la SE immatriculée en France, les procédures et délais applicables à cette demande sont les mêmes que celles applicables à la SA immatriculée sur le territoire français. En outre, le pourcentage fixé par le Règlement SE peut être abaissé¹⁰³⁵.

¹⁰³² La situation similaire dans le droit français est contenue dans l'article L 225-103 II 2^e alinéa du Code de commerce, et dans l'article R 225-65 du Code de commerce alinéa 1^{er}. Selon ce premier article, l'assemblée générale peut être également convoquée « par un mandataire, désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social, soit d'une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 ». Selon ce second article, « les actionnaires peuvent à leurs frais charger l'un d'entre eux de demander au président du tribunal de commerce statuant en référé la désignation du mandataire mentionné à l'article L. 225-103 ».

¹⁰³³ En effet, selon le 1^{er} alinéa de l'article L 225-105 du Code de commerce, l'ordre du jour des assemblées est arrêté par l'auteur de la convocation.

¹⁰³⁴ C'est ce qu'il résulte de l'article 56 du Règlement SE.

804. Ainsi, à compter de la convocation de l'assemblée, un actionnaire ou un groupe d'actionnaires représentant au moins 5 % du capital social et les associations d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L 225-120 du Code de commerce, peuvent poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou au directoire, sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société¹⁰³⁶. Le comité d'entreprise peut également requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour¹⁰³⁷.

805. L'assemblée générale porte sur les questions et les points inscrits à l'ordre du jour. En conséquence, l'ordre du jour doit être précis¹⁰³⁸. En effet, il doit être explicite et intelligible pour les actionnaires, de manière à ce que ces derniers puissent apprécier la nature et la portée des résolutions soumises à leurs suffrages et de pouvoir se prononcer en connaissance de cause¹⁰³⁹. Comme en droit français, ce pouvoir de convocation doit être exercé de manière raisonnable et ne pas conduire à des abus¹⁰⁴⁰.

806. En outre, l'assemblée générale ne peut pas délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour. Cependant, elle peut en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance et procéder à leurs remplacements¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶ Selon l'article L 225-120 du Code de commerce, I. - Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les actionnaires justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenant ensemble au moins 5 % des droits de vote peuvent se regrouper en associations destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société. Pour exercer les droits qui leur sont reconnus aux articles L. 225-103, L. 225-105, L. 823-6, L. 225-231, L. 225-232, L. 823-7 et L. 225-252, ces associations doivent avoir communiqué leur statut à la société et à l'Autorité des marchés financiers. II. - Toutefois, lorsque le capital de la société est supérieur à 750 000 euros, la part des droits de vote à représenter en application de l'alinéa précédent, est, selon l'importance des droits de vote afférent au capital, réduite ainsi qu'il suit : 1° 4 % entre 750 000 euros et jusqu'à 4 500 000 euros ; 2° 3 % entre 4 500 000 euros et 7 500 000 euros ; 3° 2 % entre 7 500 000 euros et 15 000 000 euros ; 4° 1 % au-delà de 15 000 000 euros.

¹⁰³⁷ Article 2323-67 du Code de travail.

¹⁰³⁸ Cette précision qui apparaît dans l'article 55 § 2 du Règlement SE, existe également dans le droit français. En effet, selon l'article R 225-66 alinéa 2 du Code de commerce, le contenu et la portée des questions inscrites à l'ordre du jour, doivent apparaître clairement sans qu'il y ait lieu de se reporter à d'autres documents.

¹⁰³⁹ Article L 225-108 du Code de commerce, « le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, doit adresser ou mettre à la disposition des actionnaires les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société. La nature de ces documents et les conditions de leur envoi ou de leur mise à la disposition des actionnaires sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. A compter de la communication prévue au premier alinéa, tout actionnaire a la faculté de poser par écrit des questions auxquelles le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, est tenu de répondre au cours de l'assemblée ».

¹⁰⁴⁰ En l'occurrence il existe une jurisprudence française fournie.

¹⁰⁴¹ Article L 225-105 alinéa 3 du Code de commerce.

807. Par ailleurs, l'assemblée générale peut compléter le projet de résolution qui lui est soumis¹⁰⁴², sans pour autant ajouter une question supplémentaire à l'ordre du jour ou, rectifier les comptes sociaux ou encore, élire au conseil d'administration ou de surveillance une personne autre que celle mentionnée dans le projet de résolution¹⁰⁴³.

808. La mise en œuvre de l'assemblée générale d'une SE immatriculée en France est plus ou moins similaire à celle d'une SA immatriculée en France. En revanche, l'organisation des relations entre actionnaires au sein d'une SE immatriculée en France, fait l'objet de différences plus notables.

§ 2 : L'organisation des relations entre actionnaires au sein d'une SE

809. Les actionnaires interagissent principalement au sein d'une assemblée générale (A). Cependant à l'instar de la SAS, les actionnaires de la SE située en France qui ne font pas appel public à l'épargne, peuvent organiser leurs relations dans des clauses statutaires (B).

A) Le rôle de l'assemblée générale d'une SE immatriculée en France

810. La mission dévolue à l'assemblée générale est définie par le Règlement SE, (même si très peu d'articles s'y réfèrent), ainsi que par les dispositions de la loi du siège social de la SE et les statuts en application de cette loi¹⁰⁴⁴.

811. A la lecture du Règlement SE, elle est compétente pour décider du transfert de siège de la SE dans un autre Etat membre¹⁰⁴⁵, nommer les membres des organes de surveillance¹⁰⁴⁶ et d'administration¹⁰⁴⁷, nommer et révoquer les membres de l'organe de direction (lorsque la législation du siège ou les statuts le prévoient), modifier les statuts,

¹⁰⁴² Cass. com., 25 avril 1989, *Bull. Joly*, p. 531, note M. JEANTIN.

¹⁰⁴³ Cass. com., 7 mars 1984, *Rev. soc.*, p. 793, note Y. GUYON.

¹⁰⁴⁴ Aux termes de l'article 52 du Règlement SE, l'assemblée générale décide dans les matières pour lesquelles une compétence spécifique lui est conférée par: a) le présent règlement, b) les dispositions de la législation de l'Etat membre où la SE a son siège statutaire, prises en application de la directive 2001/86/CE. En outre, l'assemblée générale décide dans les matières pour lesquelles une compétence est conférée à l'assemblée générale d'une SA relevant du droit de l'Etat membre où la SE a son siège statutaire, soit par la loi de cet Etat membre, soit par les statuts conformément à cette même loi.

¹⁰⁴⁵ Article 8 du Règlement SE.

¹⁰⁴⁶ Article 40 du Règlement SE.

¹⁰⁴⁷ Article 43 du Règlement SE.

transformer une SE en SA relevant du droit de l'État membre de son siège statutaire¹⁰⁴⁸. En outre, l'assemblée générale d'une SE française a les mêmes compétences que celles conférées à une SA française.

812. Il existe très peu de dispositions relatives à l'assemblée générale des actionnaires. Par conséquent, les assemblées de la SE, leurs organisations, leurs déroulements ainsi que les procédures de vote, sont soumises aux règles applicables à la SA dans la mesure où elles sont compatibles avec le Règlement SE¹⁰⁴⁹. En effet, selon l'article L 229-7 du Code de commerce et l'article 53 du Règlement SE, si une question n'est pas réglée par ce Règlement et qu'aucune disposition particulière n'a été prise par le législateur de l'Etat où la SE a son siège, ce sont les règles relatives à la SA qui s'appliquent.

813. Les délibérations prises par l'assemblée générale, se font à la majorité des voix valablement exprimées¹⁰⁵⁰. Cependant, lorsqu'une modification statutaire est soumise au vote des associés, la décision doit être prise à la majorité des deux tiers. La majorité requise peut être plus élevée si l'Etat d'immatriculation de la SE le prévoit dans sa loi applicable à la SA¹⁰⁵¹. En outre, le Règlement SE laisse aux Etats membres la possibilité de prévoir que, lorsque la moitié au moins du capital souscrit est représentée, une majorité simple des voix suffit¹⁰⁵². La France n'a levé aucune de ces options¹⁰⁵³.

814. Par ailleurs, le Règlement SE apporte une précision que les droits nationaux n'amènent pas. Les voix exprimées ne comprennent pas celles pour lesquelles l'actionnaire n'a pas pris part au vote, ou s'est abstenu, ou a voté blanc, ou encore, dernier cas, a voté nul¹⁰⁵⁴. Tandis qu'en droit français, dans la législation de la SA l'abstention, le vote blanc ou nul sont considérés comme un vote de rejet¹⁰⁵⁵.

815. Enfin, lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, toute décision de l'assemblée générale portant atteinte aux droits d'une catégorie d'actionnaires doit faire

¹⁰⁴⁸ Article 66 du Règlement SE.

¹⁰⁴⁹ J.-J. CAUSSAIN, « Les organes sociaux de la SE « à la française » », *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁵⁰ Article 57 du Règlement SE.

¹⁰⁵¹ Voir supra sur les décisions de transfert de siège social de la SE n° 103, 276, 602.

¹⁰⁵² Le droit belge fait usage de l'option offerte par l'article 59 § 2 du Règlement SE. Cette règle facilite la procédure de modification des statuts. De plus elle est « propice à une revitalisation des assemblées générales, Y. DE CORDT, « Le fonctionnement de la société européenne », *op. cit.*, p. 123 s.

¹⁰⁵³ Voir infra.

¹⁰⁵⁴ Article 58 du Règlement SE.

¹⁰⁵⁵ J.-J. CAUSSAIN, « Les organes sociaux de la SE « à la française » », *op. cit.*, p. 48 s.

l'objet d'un vote séparé, pour la catégorie concernée, à la majorité requise selon qu'il s'agisse ou non d'une modification des statuts¹⁰⁵⁶. En effet, la décision de l'assemblée générale ne sera définitive qu'après qu'elle se sera prononcée¹⁰⁵⁷. Le vote soumis à cette assemblée répond aux mêmes conditions que celles évoquées précédemment. En effet, tout comme dans une SA, les décisions prises dans ces assemblées sont votées à la même majorité que celles requises pour les assemblées générales extraordinaires d'une SE¹⁰⁵⁸.

816. L'une des innovations les plus intéressantes prise en faveur des associés, est l'adoption de dispositions susceptibles de régir les relations entre actionnaires d'une SE immatriculée en France et qui ne fait pas appel public à l'épargne.

B) Les dispositions adoptées en faveur des actionnaires des SE ne faisant pas appel public à l'épargne

817. Sous réserve des dispositions du Règlement SE, une SE est traitée dans chaque Etat membre comme une SA constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel cette société a son siège social. Néanmoins, cela ne signifie pas que les dispositions adoptées doivent s'aligner sur toutes celles applicables à la SA. Dans le silence du Règlement SE, et le respect des principes s d'harmonisation du droit des sociétés, les Etats membres bénéficient d'une certaine souplesse pour adopter des mesures plus avantageuses que celles qui régissent la SA dans leurs propres législations.

818. Par conséquent, bien que le Règlement SE renvoie à des mesures applicables à la SA, le législateur français peut adopter en faveur de la SE des mesures plus souples. Cela permet de rendre la SE immatriculée en France plus attractive, en particulier en matière de relations entre actionnaires dans une SE dite fermée.

¹⁰⁵⁶ Ces assemblées sont connues comme étant des assemblées spéciales dans la législation française, selon l'article L 225-99 alinéa 1^{er} du Code de commerce. Elles réunissent, les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée. Dans le Règlement SE, elles sont traitées dans l'article 60.

¹⁰⁵⁷ Selon le 2^e et le 3^e alinéa de l'article L 225-99 du Code de commerce, « la décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie ».

« Les assemblées spéciales ne délibèrent valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le tiers et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote et dont il est envisagé de modifier les droits. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés ».

¹⁰⁵⁸ En effet, selon l'article L 225-99 du Code de commerce, les assemblées spéciales statuent dans les conditions prévues par l'article L 225-96 alinéa 3 du Code de commerce. Ce dernier article renvoie aux conditions de vote de l'assemblée générale extraordinaire.

819. Les praticiens du droit revendiquent un allègement du droit des sociétés et plus précisément des règles applicables à la SA, en raison du nombre et de la complexité de ces règles. Pourtant, c'est la protection des épargnants qui investissent dans les sociétés aux titres négociés sur les marchés réglementés, qui a conduit à l'adoption de nombreuses règles contraignantes. Ainsi, la contractualisation du droit des sociétés ne peut trouver une portée complète que dans le cadre de sociétés fermées.

820. Le Règlement SE renvoie aux dispositions nationales pour tous les domaines non réglés par lui, les relations entre actionnaires en font partie. Néanmoins, les dispositions proposées par le législateur français doivent être conformes aux principes d'harmonisation du droit des sociétés. Ainsi, le législateur, à travers la loi n° 2005-842 du 27 juillet 2005, et les articles L 229-11 à L 229-15 du Code de commerce en particulier, confère à la SE immatriculée en France ne faisant pas appel public à l'épargne, une souplesse dans l'organisation des rapports entre actionnaires, et d'une large liberté contractuelle similaire à celle existant pour les sociétés par actions simplifiées. En effet, les statuts d'une SE ne faisant pas appel public à l'épargne, pourront contenir des clauses restreignant la libre négociabilité des actions dans les statuts, telles que des clauses d'agrément, d'inaliénabilité ou d'exclusion. Cependant, il existe un bémol, les clauses ne peuvent être adoptées qu'à l'unanimité des actionnaires, et elle ne peuvent être modifiées qu'à l'unanimité des actionnaires¹⁰⁵⁹.

821. Ainsi, le régime des SE fermées autorise à soumettre tout transfert d'actions à des restrictions à la libre négociabilité (ou clause restreignant toute libre négociabilité), sans que l'inaliénabilité des titres ne puisse excéder dix ans¹⁰⁶⁰. Dès lors, une cession réalisée, malgré l'existence dans les statuts de clauses restrictives de libre négociabilité, est nulle. Cette nullité est opposable au cessionnaire ou à ses ayants droits. Cependant,

¹⁰⁵⁹ Aux termes de l'article L 229-15 du Code de commerce, « Les clauses stipulées en application des articles L. 229-11 à L. 229-14 ne sont adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des actionnaires ».

¹⁰⁶⁰ Ph. MARINI, « L'attractivité de la société européenne à la française », *op. cit.*, p. 34.

Aux termes de l'article L 229-11 du Code de commerce, « Les statuts d'une société européenne ne faisant pas appel public à l'épargne peuvent soumettre tout transfert d'actions à des restrictions à la libre négociabilité sans que ces restrictions ne puissent avoir pour effet de rendre ces actions inaliénables pour une durée excédant dix ans.

Toute cession réalisée en violation de ces clauses statutaires est nulle. Cette nullité est opposable au cessionnaire ou à ses ayants droit. Elle peut être régularisée par une décision prise à l'unanimité des actionnaires non parties au contrat ou à l'opération visant à transférer les actions ».

cette cession peut être régularisée par une décision prise à l'unanimité des actionnaires non parties au contrat ou à l'opération visant à transférer les actions¹⁰⁶¹.

822. Les statuts peuvent également prévoir qu'un actionnaire soit tenu de céder ses actions et la suspension de ses droits non pécuniaires tant que la cession n'a pas lieu¹⁰⁶².

823. Les statuts peuvent également prévoir que la société actionnaire d'une SE informe cette dernière de tout changement intervenant dans son contrôle, ainsi qu'une exclusion de cet actionnaire ou la suspension de ses droits non pécuniaires¹⁰⁶³.

824. Si les modalités du prix de cession des actions ne sont pas précisées¹⁰⁶⁴ dans les statuts lors de la mise en œuvre d'une de ces clauses, ce prix est fixé par accord entre les parties ou déterminées dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil¹⁰⁶⁵. «Il est également prévu que les actions d'un actionnaire rachetées par la SE soient annulées ou cédées dans un délai de six mois, « afin de ne pas fausser la perception du contrôle de la société »¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶¹ J.-J. CAUSSAIN, « Les organes sociaux de la SE « à la française » », *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁶² Article L 229-12 du Code de commerce.

¹⁰⁶³ Aux termes de l'article L 229-13 du Code de commerce, « Les statuts d'une société européenne ne faisant pas appel public à l'épargne peuvent prévoir que la société actionnaire dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-16 doit, dès cette modification, en informer la société européenne. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet actionnaire et de l'exclure.

Les dispositions du premier alinéa peuvent s'appliquer, dans les mêmes conditions, à l'actionnaire qui a acquis cette qualité à la suite d'une opération de fusion, de scission ou de dissolution ».

¹⁰⁶⁴ Aux termes de L 229-14 du Code de commerce, « Si les statuts ne précisent pas les modalités d'évaluation du prix de cession des actions lorsque la société européenne met en œuvre une clause introduite en application des articles L. 229-11 à L. 229-13, ce prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil.

Lorsque les actions sont rachetées par la société européenne, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler ».

¹⁰⁶⁵ Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.

¹⁰⁶⁶ Ph. MARINI, « L'attractivité de la société européenne à la française », *op. cit.*, p. 34.

Conclusion du Chapitre I

825. Finalement, les mesures applicables à la SE innovent peu par rapport à celles existantes pour la SA. En effet, de nombreuses dispositions relatives au fonctionnement d'une assemblée générale d'une SE sont souvent renvoyées à celles régissant l'assemblée générale d'une SA. En revanche, les dispositions applicables dans les relations entre actionnaires de la SE immatriculée en France ne faisant pas appel public à l'épargne, sont innovantes. Les dispositions relatives aux relations entre actionnaires dans la SE non cotée et immatriculée en France, contribuent à « renforcer l'attractivité » du droit français¹⁰⁶⁷. Elles apportent la souplesse de la SAS, en permettant l'insertion de clauses statutaires indispensables notamment à une « coopération efficace entre partenaires et généralement interdites ou limitées par le droit des sociétés de la plupart des Etats membres »¹⁰⁶⁸. Une telle liberté contractuelle est incompatible aux obligations auxquelles doivent répondre une société cotée, en conséquence, de telles clauses ne peuvent apparaître que dans les statuts d'une SE ne faisant pas appel public à l'épargne.

826. Les statuts de la SE ne doivent à aucun moment entrer en conflit avec les modalités relatives à l'implication des travailleurs. Si de nouvelles modalités fixées conformément à la Directive 2001/86/CE entrent en conflit avec les statuts existants, ceux-ci sont modifiés dans la mesure nécessaire. En pareil cas, un État membre peut prévoir que l'organe de direction ou l'organe d'administration de la SE, a le droit d'apporter des modifications aux statuts sans nouvelle décision de l'assemblée générale des actionnaires¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁷ Ph. MARINI, *ibid*, p. 34.

¹⁰⁶⁸ Y. DE CORDT, « Le fonctionnement de la société européenne », *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruylant, 2005, p. 123 s

¹⁰⁶⁹ Article 12 § 4 du Règlement SE.

Chapitre II : Les mesures sociales et fiscales adoptées en France en vu de rendre le Règlement SE effectif

827. Le volet social était intégré dans les premiers projets de Règlement SE, jusqu'à ce que le sujet de l'implication des salariés soit traité séparément et face l'objet à lui seul d'une directive¹⁰⁷⁰. Il s'inspirait du modèle allemand de la cogestion (*mitbestimmung*)¹⁰⁷¹. Or les différentes tendances sont beaucoup trop disparates pour que les Etats membres trouvent un accord sur un unique modèle d'application. En conséquence, les dispositions relatives à l'implication des salariés, proposées aussi bien dans les différents projets de Règlement SE, que dans les différentes versions de la Directive lorsque le volet social s'est scindé du Règlement SE, ne pouvaient que se heurter au rejet des Etats membres¹⁰⁷² (du Royaume Uni notamment), jusqu'à ce que ces textes se montrent conciliants. En effet, au sein de l'Union européenne, les législations de chaque des Etats membres ne prévoient pas systématiquement la possibilité pour un salarié, par l'intermédiaire de représentants de participer à la gestion d'une société. La place faite aux salariés au sein de l'entreprise varie selon le lieu d'immatriculation de la société. Ainsi, l'implication des salariés au sein des SE varie selon son lieu d'immatriculation (**section 1**).

828. Aucune disposition fiscale n'est prévue par le Règlement SE. Pourtant, les différentes voies de restructurations proposées par ce Règlement aux entreprises ne sont utiles que si elles s'accompagnent de mesures fiscales. La directive n° 2005/19/CE accompagne l'application du Règlement. En effet, elle fait bénéficier à la constitution d'une SE par voie de fusion et au transfert de siège social de la SE, d'un régime fiscal de faveur sous réserve du respect des modalités de mises en œuvre prévues par les législations nationales. Aussi, la France a adopté des mesures fiscales accompagnant les opérations de transfert de siège social et de fusion transfrontalière (**section 2**).

¹⁰⁷⁰ Avant de parvenir à l'adoption de la directive relative à l'implication des salariés, plusieurs propositions ont été faites en décembre 1997, puis en mai 1999, et enfin le 20 décembre 2000, qui ont tenues compte du Rapport Davignon.

¹⁰⁷¹ Ce dernier confère aux salariés des SA allemandes de plus de cinq cents salariés le droit de désigner des représentants siégeant avec voix délibérative dans les organes de direction ou de surveillance de la société concernée. Ces représentants peuvent constituer la moitié des membres de l'organe social ; M. MENJUCQ, « La société européenne : enfin l'aboutissement ! », *op. cit.*, p. 1085.

¹⁰⁷² A titre d'exemple, l'Espagne s'est opposé à la proposition de 1999.

Section 1 : L'implication des salariés au sein des SE immatriculée en France

829. Selon P. LE CANNU, la lourdeur et les délais de processus de négociation, si contraires aux impératifs de rapidité et de flexibilité qui dominent la pratique des affaires, constituent le principal handicap de la société européenne, même si on estime que l'association du personnel aux évolutions structurelles d'une société est en soi une bonne chose.

830. Les différents mouvements opérés par les sociétés dans l'espace européen, ont notamment lieu lors de la constitution d'une SE ou du transfert de celle-ci dans un autre Etat membre. Ils ont des répercussions sur les salariés de ces différentes sociétés liées à ces opérations. Par conséquent, le droit européen du travail encadre les conséquences que la mobilité de ces sociétés peut avoir sur ses salariés. Afin de conférer une plus grande protection des travailleurs, il leur reconnaît un droit à l'information, à la consultation et à la participation¹⁰⁷³.

831. Les notions d'information et de consultation ne sont pas nouvelles, elles apparaissent dans des directives dès 1975¹⁰⁷⁴. Dès lors, il semble que l'implication des salariés dans la SE s'est imposée, par la construction d'un droit à l'information et à la consultation. La Directive n° 2001/86/CE relative à l'implication des travailleurs dans la SE, transposée en France par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, est très inspirée de la directive n° 94/45/CE du 22 septembre 1994 relative au comité d'entreprise européen¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷³ Selon H. TISSANDIER citant P. RODIERE, « Il n'est pas excessif d'affirmer « l'existence d'un principe général de droit, le droit des travailleurs d'être informés et consultés sur les événements de la vie de l'entreprise qui sont de nature à affecter substantiellement leur situation » ». Cf. H. TISSANDIER, « La mobilité internationale des sociétés : le point du vue du travailleur », in *La mobilité internationale des sociétés*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars-avril 2006, p. 48 ; P. RODIERE, *Droit social de l'union européenne*, LGDJ, 2^e éd, 2002, p. 355.

¹⁰⁷⁴ Cons. UE, directive n° 75/129/CE, 17 février 1975, devenue directive n° 98/59/CE, 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations relatives aux licenciements collectifs : JOCE n° L 48, 22 février 1975, p. 29. Cons. UE, Directive N° 77/187/CE, 14 février 1977, modifiée par directive n° 98/50/CE, 29 juin 1998, relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de partie d'établissements : JOCE n° L 61, 5 mars 1977, p. 88.

Dir n° 94/45/CE du 22 septembre 1994 relative au comité d'entreprise européen.

¹⁰⁷⁵ Les entreprises répondant aux critères imposées par la Directive, doivent mettre en place une procédure d'information et de consultation, soit par la création négociée d'un comité d'entreprise européen soit, en l'absence d'accord, par l'application des dispositions subsidiaires de la directive; H. TISSANDIER, « La mobilité internationale des sociétés : le point du vue du travailleur », *op. cit.*, p. 48.

832. Cependant, si les concepts d'information et de consultation ne sont pas nouveaux, la notion de participation l'est¹⁰⁷⁶. Le terme d'implication employé par la Directive recouvre ces trois notions¹⁰⁷⁷. En effet, la Directive relative à l'implication des travailleurs dans la SE, définit cette expression comme étant, l'information, la consultation, la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise¹⁰⁷⁸.

833. La logique de cette Directive tourne autour de trois principes. D'une part, pouvoir passer des accords librement consentis en tenant compte de la culture socio-économique de l'entreprise et de ses salariés. D'autre part, éviter qu'un modèle déterminé de participation en vigueur dans un petit nombre d'Etats ne soit transposé aux autres. Puis enfin, empêcher que la participation acceptée dans certains Etats membres ne puisse être contournée par un instrument européen¹⁰⁷⁹. Il s'agit du principe fondamental de la garantie des droits acquis. En effet, en vertu du principe « avant après », une SE peut être immatriculée sans l'adoption d'un mode de participation et sans l'obligation d'une négociation future à ce sujet. Ceci lorsque les sociétés participant à la constitution d'une SE ne connaissent pas en leurs seins de régime de participation.¹⁰⁸⁰

834. Ce texte est le résultat d'un compromis¹⁰⁸¹, la Directive est indissociable du Règlement SE, et elle est même annexée à ce dernier¹⁰⁸². Les dispositions de la Directive forment « un complément indissociable » du Règlement SE et elles doivent être

¹⁰⁷⁶ F. MEYER, La société européenne : aspects de droit du travail, in *La société européenne, colloque organisé le 7 février 2002 par le Centre du droit de l'entreprise de l'université Robert Schuman (Strasbourg III) avec la participation de la Quinzaine européenne, Petites affiches*, avril 2002, n° 76, p. 7.

¹⁰⁷⁷ « Le choix d'écarter la terminologie habituelle ne peut que signifier la volonté du législateur d'attribuer un rôle nouveau aux travailleurs et à leurs représentants dans les sociétés européennes et par extension dans les entreprises et groupes de dimensions s », cf. H. TISSANDIER, « La mobilité internationale des sociétés : le point de vue du travailliste », *op. cit.*, p. 48

¹⁰⁷⁸ Article 2 h) de la directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001, JO L 294 du 10 novembre 2001, p. 22.

¹⁰⁷⁹ F. MEYER, La société européenne : aspects de droit du travail, *op. cit.*, p. 7 s.

¹⁰⁸⁰ Selon le principe de la garantie des droits acquis qualifié de principe « avant-après » les droits des salariés « existant avant la constitution des SE [doivent] être à la base de l'aménagement de leurs droits en matière d'implication dans la SE », M. MENJUCQ, « La société européenne : enfin l'aboutissement ! », *op. cit.*, p. 1085.

¹⁰⁸¹ Pour connaître le contexte historique qui a précédé à l'adoption de la directive 2001/86 du Conseil complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs ; F. Meyer, La société européenne : aspects de droit du travail, *op. cit.*, p. 7 s.

¹⁰⁸² En effet, selon l'article 12 § 2 du Règlement SE, une SE ne peut être immatriculée que si un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs au sens de l'article 4 de la directive n° 2001/86/CE a été conclu, ou si une décision au titre de l'article 3 § 6 du même texte a été prise, ou encore si la période prévue à l'article 5 de la directive pour mener les négociations est arrivée à expiration sans qu'aucun accord n'ait été conclu.

appliquées de manière concomitante »¹⁰⁸³. Aussi, le Règlement SE oblige les sociétés participant à la création d'une SE, après publication du projet de constitution de la société, d'organiser l'implication des travailleurs de la future SE, avec les représentants des travailleurs de ces sociétés. Si la SE ne justifie pas des mesures prescrites par la Directive¹⁰⁸⁴, la société ne pourra pas être immatriculée¹⁰⁸⁵. En conséquence, des négociations doivent être menées afin de parvenir à un accord relatif à l'implication des salariés dans la société (§ 1). Néanmoins, bien que la priorité soit donnée à la négociation et à l'accord qui en découle, il existe des alternatives à l'absence d'accord relatif aux modalités d'implication des salariés dans la SE (§ 2).

§ 1 : Le principe : une négociation encadrée et un accord au contenu libre

835. L'immatriculation de la SE est notamment subordonnée au respect des mesures prescrites par la Directive relative au droit d'implication des travailleurs¹⁰⁸⁶. En effet, l'immatriculation de la SE nouvellement créée passe par de nombreuses étapes, parmi lesquelles la conclusion d'un accord. Celui-ci est adopté après que des négociations soient menées, par les partenaires sociaux, à savoir les fondateurs de la SE et les représentants des sociétés préexistantes, selon une procédure détaillée (dans l'article 4 de la dite directive, et reprise dans la législation française). Néanmoins, si les négociations à mener sont rigoureusement encadrées (**A**), le résultat et le contenu de l'accord est quant à lui libre (**B**).

¹⁰⁸³ Considérant n° 19 du Règlement SE.

Le décret du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des travailleurs traite de l'information due aux salariés, des modalités de constitution et de fonctionnement du groupe spécial de négociation et du comité de la société européenne si la négociation n'a pas permis la conclusion d'un accord.

¹⁰⁸⁴ Article 3 à 6 de la Directive.

¹⁰⁸⁵ En effet, selon le l'article 12 § 2 du Règlement SE, « une SE ne peut être immatriculée que si un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs au sens de l'article 4 de la directive 2001/86/CE a été conclu, ou si une décision au titre de l'article 3, paragraphe 6, de ladite directive a été prise, ou encore si la période prévue à l'article 5 de ladite directive pour mener les négociations est arrivée à expiration sans qu'un accord n'ait été conclu ».

Par ailleurs, selon le 3^e considérant de la Directive, la création d'un SE ne doit pas entraîner « la disparition ou l'affaiblissement du régime d'implication des travailleurs, existant dans les sociétés participant à la création d'une SE ». Par conséquent, les dispositions du Règlement SE et de la Directive font l'objet d'une application concomitante.

En outre selon l'article 12 §4 de la directive et l'article L 229-7 alinéa 3 du Code de commerce.

¹⁰⁸⁶ Article 12 § 2, 3 et 4 ; article 23 § 2 ; 26 § 3 ; article 32 § 6 ; article 37 § 9 du Règlement SE.

A) La mise en œuvre de la procédure de négociation

836. Quelque soit le mode de constitution choisi, un accord écrit doit être obtenu afin que soit organisé les modalités d'implication des salariés dans la SE¹⁰⁸⁷. Les SE filiales sont également concernées, bien que contrairement aux autres voies de constitution d'une SE, rien ne soit indiqué en ce sens dans le Règlement SE pour celles constituées par voie de filiale. D'ailleurs, selon l'article L 2351-1 du Code du travail, qui retranscrit une modalité de la Directive, les dispositions relatives à l'implication des « travailleurs », s'appliquent à la SE ayant son siège en France, aux sociétés participant à la constitution d'une SE et ayant leur siège social en France, et enfin aux filiales et établissements installés en France d'une SE située dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen¹⁰⁸⁸. *In fine*, et logiquement, la SE dépourvue de salariés peut être immatriculée sans qu'aucune disposition ne soit prise¹⁰⁸⁹.

837. L'obligation de négociation naît « dès que possible », plus précisément dans le délai d'un mois après la publication du projet de fusion ou de constitution de la holding, ou après l'adoption d'un projet de constitution d'une filiale ou de transformation en une SE¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁷ Selon l'article 23 § 2 du Règlement SE, l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent peut subordonner le droit à l'immatriculation de la SE à la condition qu'elle entérine expressément les modalités ainsi décidées. L'article 32 § 6 du Règlement SE, prévoit une disposition similaire lorsque les assemblées générales des sociétés envisagent la création d'une SE *holding*. La soumission de l'aboutissement de la création de SE par voie de transformation, à l'organisation de la participation des travailleurs, est prévu à l'article 37 § 8 du Règlement SE.

¹⁰⁸⁸ En effet, selon l'article 6 de la Directive, sauf dispositions contraires de la Directive, la loi applicable à la procédure de négociation d'un accord d'implication est celle de l'Etat membre où se situe le siège statutaire de la société européenne en cours de création.

¹⁰⁸⁹ D'ailleurs même si des salariés intègre la société, il sera trop tard pour lui imposer la mise en place de ces modalités, « La société européenne », supplément au numéro 87 du 18 septembre 2003, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁹⁰ Ainsi, « le fait générateur de l'obligation » est dans les deux premiers cas, la publication du projet et l'adoption du projet de constitution dans les deux derniers cas ; §1 de l'article 2 de la Directive 2001/86/CE. Les termes dès que possible apparaissent dans l'alinéa 1^{er} de l'article L 2352-1 du Code du travail. Néanmoins, l'article D 2352-1 du Code du travail précise que « dans le délai d'un mois à compter de la publication du projet de constitution d'une société européenne, les dirigeants des sociétés participantes portent à la connaissance de leurs organisations syndicales, de celle de leurs filiales et établissements qui disposent de représentants ou d'élus au sens du premier alinéa de l'article L 2352-5 : 1° L'identité des sociétés, filiales et établissements ; 2° Le lieu de leur implantation ; 3° Leur statut juridique ; 4° La nature de leurs activités ».

D'autres informations doivent être fournies par les dirigeants des sociétés participantes à leurs organisations syndicales, à leurs filiales et à leurs établissements disposant de représentants ou d'élus. Selon l'article D 2352-2 du Code du travail, ils doivent fournir d'une part, le nombre de leurs salariés, à la date de la publication du projet de constitution, en France collège par collège et dans les autres Etats membres. D'autre part, les formes de participation existant au sens de l'article L 2351-6. Et enfin, le nombre de sièges au groupe spécial de négociation revenant à chaque Etat membre, calculé conformément aux dispositions de l'article L 2352-3.

838. Afin de répondre à cette obligation, un groupe spécial de négociation (GSN) doit être constitué. En effet, ce groupe est mis en place afin d'élaborer les modalités d'implication des travailleurs avec les dirigeants des sociétés participant à la création de la SE (ou leurs représentants), au sein même de la SE. Il est constitué au lieu du siège de la SE¹⁰⁹¹. Ce groupe représente aussi bien les salariés des sociétés qui participent directement au processus de constitution de la SE, que ceux de leurs filiales ou établissements qui deviendront des filiales ou établissements de la future SE¹⁰⁹². Les négociations menées par ces deux parties se déroulent pendant les six mois qui suivent la constitution du GSN. Ce délai peut être renouvelable une fois pour une période équivalente, si les parties le décident d'un commun accord¹⁰⁹³. Ce délai court à compter de la date de la première réunion des membres du groupe avec les dirigeants des sociétés participantes¹⁰⁹⁴.

839. La négociation d'un accord est très encadrée. La détermination du nombre de sièges au sein du GSN, leurs répartitions entre les Etats membres, ainsi que les modalités de désignation des participants, sont prévues de manière très détaillées. En effet, la désignation, l'élection et le statut des membres du GSN sont détaillés dans les articles L 2352-3 à L 2352-8 du Code du travail. L'article L 2352-3 du Code du travail porte sur la répartition des sièges de ce groupe, l'article L 2352-4 du Code du travail s'attache à la répartition des sièges du groupe en présence des sociétés perdant leurs existences. L'article L 2352-5 du Code du travail définit la désignation des membres de ce groupe. L'article L 2352-6 du Code du travail relate de la désignation des membres du groupe en l'absence de syndicat. En effet, puisque la Directive laisse toute liberté au législateur dans la méthode de sélection, la législation française confère aux organisations syndicales un monopole de désignation. Les membres du groupe sont donc désignés parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement ou leurs représentants syndicaux, sur la base

¹⁰⁹¹ Selon l'article L 2351-3 du Code du travail, les modalités de l'implication des salariés recouvrent l'information, la consultation et, le cas échéant, la participation. Elles sont arrêtées par accord conclu entre les dirigeants des sociétés participantes et les représentants des salariés (conformément aux dispositions du présent titre). Toutefois, à défaut d'accord, ces modalités sont arrêtées conformément aux dispositions du chapitre III.

Contrairement à l'article 3 § 3 alinéa 1^{er} de la Directive, les « dirigeants » sont employés à la place d' « organes compétents ».

Par ailleurs, selon l'article D 2351-1 du Code du travail, lorsque les dirigeants des sociétés participant à la constitution de cette société européenne décident que son siège est établi sur le territoire français, le projet de constitution de cette société précise que le GSN est constitué au lieu de ce siège.

¹⁰⁹² C'est ce qu'il résulte de l'article 3 § 2 de la Directive.

¹⁰⁹³ Article L 2352-9 alinéa 2 du Code du travail.

¹⁰⁹⁴ Par ailleurs, selon l'article D 2352-14 du Code du travail, cette première réunion fait suite à la convocation des membres du groupe par les dirigeants des sociétés concernées, par lettre recommandée avis de réception, qui fixe cette réunion.

des résultats des dernières élections¹⁰⁹⁵. En revanche, en l'absence de représentants syndicaux dans la SE dont le siège social se trouve en France (ou dans « l'établissement ou l'entreprise implanté en France et appartenant à une société européenne »), les membres du GSN sont élus selon les règles applicables au comité d'entreprise. Ensuite, l'article L 2352-7 du Code du travail indique que si des changements substantiels ont lieu durant les négociations, tels que les cas présentés dans ce même article, cela entraîne la modification de la composition du GSN. Enfin l'article L 2352-8 du Code du travail porte sur la procédure à suivre en présence de contestation sur la désignation des membres de ce groupe¹⁰⁹⁶.

840. Les différentes mesures de protection prises en faveur des membres désignés du GSN, et la possibilité pour ce même groupe de se faire assister par des experts, sont précisées par législateur¹⁰⁹⁷. En effet, selon l'article L 2352-10 du Code du travail le temps passé en réunion par les membres de ce groupe, sont considérés comme des heures prestées dans le cadre du travail. En outre, selon l'article L 2352-14 du Code du travail les décisions prises par les membres de ce groupe, en vertu de l'article L 2352-13 du Code du travail, ne peuvent être sanctionnées ou licenciées. Par ailleurs, selon l'article L 2352-11 du et l'article L 2352-12 du Code du travail, les dépenses nécessaires à la bonne exécution de la mission de ce groupe sont prises en charge par les sociétés participantes, y compris celles liées à l'intervention d'experts (à titre consultatif)¹⁰⁹⁸. Ces mesures permettent au GSN d'aboutir à des mesures pertinentes, en se donnant tous les moyens pour obtenir une bonne compréhension de la situation.

841. Dans le même but, les dirigeants des sociétés participant à la constitution de la SE doivent communiquer l'identité de leurs sociétés ainsi que le nombre de salariés qu'elles comprennent, aux représentants du personnel et aux dirigeants des établissements et filiales. En l'absence de représentants du personnel, ils en informent directement les

¹⁰⁹⁵ Article R 2352-5 du Code du travail

¹⁰⁹⁶ L'article R 2352-18 du Code du travail donne les modalités de contestations de la désignation et l'élection des membres du GSN. Il désigne notamment le tribunal compétent pour statuer sur la contestation ou encore le délai pour la former.

En revanche, pour les litiges relatif au GSN mais qui ne porte pas sur la contestation de la désignation et de l'élection des membres de ce groupe, l'article R 2352-19 du Code du travail s'applique. Ainsi, les litiges sont portés devant le président du Tribunal de grande instance du domicile du défendeur, qui statue en la forme des référés.

¹⁰⁹⁷ En effet, l'article 10 alinéa 1^{er} de la Directive renvoie au droit national. Par conséquent, les membres du GSN bénéficient des mêmes mesures de protections et garanties que celles prévues aux représentants des travailleurs par la loi applicable à la société à laquelle sont rattachés les salariés.

¹⁰⁹⁸ Cependant, des limites peuvent être fixées. En limitant notamment la prise en charge financière à un seul expert, cf. article L 2352-12 alinéa 2 du Code du travail.

salariés¹⁰⁹⁹. Le destinataire de ces informations n'est pas le GSN, puisque elles sont fournies au moment où les dirigeants des sociétés concernées invitent ce groupe à se réunir. En revanche, les informations relatives au processus de création de la SE sont délivrées au GSN, de façon régulière¹¹⁰⁰.

842. Evidemment, en contrepartie, ni les membres du GSN, ni les experts qui les assistent ne sont autorisés à dévoiler les informations auxquelles ils ont accès et qui revêtent, selon l'employeur, un caractère confidentiel. Par conséquent, ils sont tenus à l'obligation de discrétion, en sus du secret professionnel par lequel ils peuvent être tenus¹¹⁰¹. Cette obligation ne s'éteint pas à la fin de leurs mandats¹¹⁰².

843. Les modalités de convocation du GSN, et la majorité nécessaire à l'adoption des délibérations, sont des éléments également détaillés par le législateur. Sauf exceptions, les décisions prises par le GSN sont votées à la majorité absolue de ses membres, laquelle doit également représenter la majorité absolue des salariés des sociétés

¹⁰⁹⁹ En revanche, l'article L 2352-9 alinéa 1^{er} du Code du travail, ne précise pas les informations que les dirigeants des sociétés participantes doivent fournir à leurs organisations syndicales, à leurs filiales et à leurs établissements disposant de représentants ou d'élus (au sens de l'article L 2352-5 alinéa 1^{er} du Code du travail).

Néanmoins, la liste de ces informations apparaît aux articles D 2352-1 et D 2352-2 du Code du travail. Selon le premier article mentionné précédemment, dans le délai d'un mois à compter de la publication du projet de constitution d'une SE, doivent être fournis l'identité des sociétés, filiales et établissements, le lieu de leur implantation, leur statut juridique, la nature de leurs activités. Selon le second article précédemment mentionné, doivent être mentionnés, le nombre de leurs salariés, à la date de la publication du projet de constitution, en France collège par collège et dans les autres Etats membres ; les formes de participation existant au sens de l'article L 2351-6. Et enfin, le nombre de sièges au groupe spécial de négociation revenant à chaque Etat membre, calculé conformément aux dispositions de l'article L 2352-3.

Ces informations sont fournies aux salariés des sociétés, filiales et établissements intéressés, en l'absence de représentants ou d'élus dans l'entreprise. Cette alternative est présentée à l'article D 2352-4 du Code du travail.

¹¹⁰⁰ L'article L 2352-9 alinéa 3 du Code du travail ne précise pas les différents éléments à fournir. En revanche, l'article D 2352-15 du Code du travail, élabore la liste des informations qui doit être fournie aux membres du GSN. Il s'agit d'une part, du mode de constitution de la SE et des effets de celui-ci pour les sociétés participantes ainsi que pour leurs filiales et établissements. Il s'agit d'autre part, des modalités d'information, de consultation et de participation instituées au sein de ces sociétés, filiales et établissements, que le lieu de leur implantation soit situé en France ou dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen. Il s'agit, enfin, des modalités de transfert des droits et obligations des sociétés participantes en matière de conditions d'emploi résultant de la législation et des relations collectives et individuelles de travail.

¹¹⁰¹ En effet, l'article L 2352-15 alinéa du Code du travail, renvoie à l'article L 2325-5 du même Code, selon lequel d'une part, « les membres du comité d'entreprise sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication ». D'autre part, « les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur ». Par conséquent, les membres du GSN et les experts qui les assistent sont soumis à la même obligation que les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux présents dans une société immatriculée en France.

¹¹⁰² En effet, selon l'alinéa 3 de l'article 8 § 1 de la Directive, cette obligation perdure quelque soit l'activité du membre de ce groupe, le lieu où il l'accomplit, et l'Etat dans lequel il réside.

participantes, des filiales et établissements concernés¹¹⁰³. Les alinéas 2 et 3 de l'article L 2352-13 du Code du travail, présentent les exceptions où les décisions prises par le GSN sont votées à une majorité renforcée.

844. Les négociations menées par le GSN et les dirigeants des sociétés participant à la création d'une SE, sont rigoureusement encadrées. Mais le résultat de ces négociations reste libre.

B) L'aboutissement des négociations menées avec le groupe spécial des négociations

845. La mise en place du GSN a pour objectif de parvenir à un accord sur les formes primaires de l'implication¹¹⁰⁴. Ces dernières recouvrent aussi bien l'information que la consultation des salariés, elles sont obligatoires dans toutes les hypothèses de création d'une SE¹¹⁰⁵ (1). Par ailleurs, l'accord peut prévoir les modalités de participation des salariés, sauf si la SE a été constituée par voie de transformation, auquel cas elles sont obligatoires (2). En effet, si le droit de participation n'existait pas pour les salariés avant la SE, cette négociation n'est pas obligatoire.

1) Le contenu principal devant être abordé dans l'accord (les éléments devant être abordés lors des négociations menées avec le groupe spécial des négociations)

846. Le GSN et les dirigeants des sociétés concernées déterminent les modalités de l'implication des salariés au sein de la SE. Sauf si ce groupe décide de ne pas entamer les négociations ou de les clore alors même qu'elles étaient déjà entamées, dans les conditions de l'alinéa 2 de l'article L 2352-13 du Code du travail.

¹¹⁰³ Selon les alinéas 2 et 3 de l'article L 2352-13 du Code du travail, « par dérogation à ces dispositions, la décision de ne pas entamer les négociations ou de clore des négociations déjà entamées et d'appliquer la réglementation relative à l'information et à la consultation dans les Etats membres où la société européenne emploie des salariés, est prise à la majorité des deux tiers des membres du groupe spécial de négociation, issus d'au moins deux Etats membres et à la condition qu'ils représentent au moins les deux tiers des salariés des sociétés participantes, des filiales et établissements concernés. Dans ce cas, les dispositions prévues par le chapitre III ne sont pas applicables. Une telle décision ne peut être prise dans le cas d'une société européenne constituée par transformation, lorsqu'il existe un système de participation dans la société qui doit être transformée.

Lorsque la participation concerne une proportion du nombre total des salariés employés par les sociétés participantes d'au moins 25 % en cas de constitution d'une société européenne par fusion, et d'au moins 50 % en cas de constitution par holding ou filiale commune, et lorsque le groupe spécial de négociation envisage de fixer un nombre ou une proportion des membres de l'organe de surveillance ou d'administration par lesquels les salariés exercent leurs droits à participation à un niveau inférieur à celui qui était le plus élevé au sein de l'une des sociétés participantes, la décision est prise dans les conditions de majorité prévues au deuxième alinéa ».

¹¹⁰⁴ Ces notions sont dites primaires car elles sont déjà connues du droit européen du travail.

¹¹⁰⁵ Considérant n° 6 de la Directive.

847. Ainsi, les parties à l'accord doivent trouver une entente sur les modalités d'information et de consultation¹¹⁰⁶. Bien que ces modalités soient librement négociables, les points sur lesquels les parties à l'accord doivent s'accorder sont imposés et énumérés dans l'article L 2352-16 du Code du travail, si la future SE est immatriculée en France¹¹⁰⁷.

848. Parmi les différents éléments devant apparaître dans l'accord, les attributions et la procédure prévue pour l'information et la consultation de l'organe de représentation sont des points obligatoires. Il en va de même pour les modalités de mise en œuvre des procédures d'information et de consultation, lorsque celles-ci ont été instituées, par accord entre les parties, en lieu et place d'un organe de représentation. De même, à titre d'exemple, les parties à la négociation doivent définir le périmètre des salariés concernés par cet accord, ainsi que les ressources attribués à l'organe de représentation.

849. Bien que les notions d'information et de consultation soient déjà connues, leurs définitions sont établies dans la Directive, puis reprises dans la législation française au moment de sa transposition¹¹⁰⁸.

850. Les informations livrées aux salariés ont trait aux questions qui soit concernent la SE elle-même et toute filiale ou tout établissement situé dans un autre Etat membre, soit excèdent les pouvoirs des instances de décision d'un Etat membre¹¹⁰⁹.

851. En outre, l'information doit être délivrée, de manière à ce que son contenu permette aux représentants des salariés d'évaluer son incidence éventuelle et, le cas échéant, de préparer des consultations avec l'organe compétent de la SE. En conséquence,

¹¹⁰⁶ Selon l'article L 2351-3 du Code du travail

¹¹⁰⁷ Selon l'article L 2352-16 du Code du travail, les parties à l'accord doivent déterminer, 1° Les sociétés participantes, les établissements et filiales concernés par l'accord ; 2° La composition, le nombre de membres et la répartition des sièges de l'organe de représentation qui est l'interlocuteur de l'organe dirigeant de la société européenne pour l'information et la consultation des salariés de la société européenne et de ses filiales ou établissements ; 3° Les attributions et la procédure prévue pour l'information et la consultation de l'organe de représentation ; 4° La fréquence des réunions de l'organe de représentation ; 5° Les ressources financières et matérielles à allouer à l'organe de représentation ; 6° Les modalités de mise en œuvre de procédures d'information et de consultation lorsque celles-ci ont été instituées, par accord entre les parties, en lieu et place d'un organe de représentation ; 7° La date d'entrée en vigueur de l'accord et sa durée, les cas dans lesquels l'accord doit être renégocié et la procédure pour sa renégociation.

¹¹⁰⁸ La directive 94/45/CE et la directive 2002/14/CE définissent tour à tour de manière similaire la notion de consultation. La Directive enrichit sa définition. En revanche, la notion d'information bien que connue dans les directives précédentes, n'était pas définie. Mais elles précisaient le contenu de l'information à fournir. « La société européenne », supplément au numéro 87 du 18 septembre 2003, *op. cit.*, p. 57 et s..

¹¹⁰⁹ Cette définition de la notion d'information est transposée dans l'article L 2351-3 du Code de travail. Elle est la même que celle que l'on retrouve dans l'article 2 i) de la Directive.

le moment de la délivrance de l'information ainsi que le contenu de cette dernière, visent à rendre l'information utile et intelligible pour les représentants des salariés. Ce, afin de pouvoir interagir à bon escient pour les éclairer vis-à-vis d'éventuelles questions qui leurs sont soumises. Cependant, la Directive prévoit que sous certaines conditions, les Etats membres peuvent restreindre certaines informations et les exclure des obligations ou des droits d'information¹¹¹⁰. La France, à l'instar du Luxembourg ou encore de la Suède, n'a pas transposé cette disposition autorisant, sous certaines conditions, la non divulgation d'informations pouvant « gravement » entraver au bon fonctionnement de la société¹¹¹¹. En contrepartie, les bénéficiaires de ces informations sont tenus à la confidentialité et à la discrétion¹¹¹².

852. Quant à la consultation, elle s'entend comme étant l'instauration d'un dialogue et d'un échange de vues entre l'organe représentant les salariés ou les représentants des salariés et l'organe compétent de la SE¹¹¹³. Cette consultation est élaborée selon des modalités permettant aux représentants des salariés, sur la base des informations fournies, d'exprimer un avis sur les mesures envisagées par l'organe compétent qui pourra être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la SE. L'avis que cette consultation exprime ne pèse pas nécessairement sur la décision finale. Ils n'ont qu'un rôle consultatif.

Transition 853. Contrairement à l'information et à la consultation, la participation des salariés ne doit pas nécessairement être explicitée lors des négociations. En effet, cela varie selon la situation des sociétés participant à la création de la SE.

2) Les modalités de participation pouvant être prises dans l'accord (les éléments pouvant être abordés lors des négociations menées avec le groupe spécial des négociations)

854. Aux termes de l'article L 2351-6 du Code de travail, la participation est définie comme étant l'influence exercée par l'organe représentant les salariés ou par les

¹¹¹⁰ L'article 8 de la Directive traite de la confidentialité et de la rétention d'informations.

¹¹¹¹ Les dispositions sur la rétention d'informations n'ont été transposées dans la législation française, qu'elles proviennent de la directive 94/45/CE ou de la directive 2002/14/CE. « La société européenne », supplément au numéro 87 du 18 septembre 2003, *op. cit.*, p. 104 et s..

¹¹¹² Voir supra.

¹¹¹³ Cette définition de la notion de consultation est transposée dans l'article L 2351-5 du Code de travail. Elle est la même que celle que l'on retrouve dans l'article 2 j) de la Directive. A la différence que dans cette dernière on utilise le terme de travailleurs, tandis que dans le texte français on emploie le terme de salariés.

représentants des salariés, sur les affaires d'une société. Elle peut être exercée sous différentes formes. Elle s'exerce par leurs droits d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou celui de l'administration de la société. Elle peut également permettre de recommander la désignation d'une partie ou de l'ensemble des membres de l'organe de surveillance ou celui de l'administration de la société, voir de s'y opposer.

855. Par conséquent, si le GSN et les dirigeants de chacune des sociétés participantes, décident d'intégrer les modalités de participation dans l'accord, « le nombre de membres de l'organe d'administration ou de surveillance de la société européenne que les salariés ont le droit d'élire, de désigner, de recommander ou à la désignation desquels ils peuvent s'opposer, les procédures à suivre pour que les salariés puissent élire, désigner ou recommander ces membres ou s'opposer à leur désignation, ainsi que leurs droits »¹¹¹⁴.

856. En revanche, il existe des situations dans lesquelles, les modalités de participation doivent être trouvées. En effet, lorsque une SE est constituée par voie de transformation, l'accord doit prévoir un niveau de participation (d'information et de consultation également) « au moins équivalent » à celui qui existait dans la société avant sa transformation¹¹¹⁵.

857. Toutefois, une réduction des droits de participation, c'est-à-dire un niveau de participation inférieur au niveau le plus élevé constaté dans l'une des sociétés participantes, est possible si la décision est prise à la majorité renforcée.

858. La situation se complexifie en présence de plusieurs sociétés participantes lorsque dans ses dernières existent différentes formes de participation. En effet, il devient important de déterminer alors laquelle de ces formes peut être appliquée au sein de la SE¹¹¹⁶. Afin d'y parvenir, le GSN doit prendre sa décision à la majorité absolue de ses membres. Cette dernière doit également représenter la majorité absolue des salariés des sociétés participantes, des filiales et établissements concernés.

859. Ensuite, le GSN et les dirigeants, pourront décider des modalités de participation à insérer dans l'accord, pour faire en sorte que ces modalités soient « au

¹¹¹⁴ Article L 2352-17 du Code du travail.

¹¹¹⁵ Article L 2352-18 du Code du travail.

¹¹¹⁶ Article L 2352-19 du Code du travail.

moins équivalent » à celles choisies au préalable par le groupe¹¹¹⁷. Par ailleurs, les représentants des salariés exerçant une influence au sein de la SE, bénéficient de la même protection que celle des représentants du personnel participant à « l'instance » d'information et de consultation.

Transition 860. Ainsi, bien que la négociation d'un accord soit très encadrée, d'une part, les parties à la négociation sont libres de parvenir ou non à un consensus. D'autre part, le contenu du document obtenu, s'ils y parviennent, reste lui aussi libre¹¹¹⁸. Néanmoins, l'absence d'accord ne signifie pas que les salariés de la société ne pourront pas être impliqués. Selon l'hypothèse rencontrée, afin de garantir une protection minimale aux salariés, les dispositions de référence ou la loi nationale applicable, en matière d'implication des salariés, seront alors applicables.

§ 2 : Les alternatives à l'absence d'accord né des négociations menées avec le groupe spécial de négociation

861. Si la loi encadre la négociation, elle n'encadre pas le contenu de l'accord¹¹¹⁹ car la Directive privilégie la voie de la négociation et une grande liberté **lui** est laissée¹¹²⁰. L'obtention d'un accord n'est donc pas obligatoire. Cependant, faute de ce dernier, les dispositions de référence ou la loi applicable au lieu du siège social de la SE devront être appliquées. Ceci afin que l'implication des salariés soit organisée et que la SE puisse être immatriculée. Ainsi, l'absence d'accord issue des négociations a des conséquences aussi bien sur l'organisation de l'information et la consultation des salariés (**A**), que sur l'organisation de la participation de ces derniers (**B**).

¹¹¹⁷ On combine l'article L 2352-19 du Code du travail aux articles L 2352-17 et L 2352-13 du Code du travail. En effet, ces deux derniers articles sont cités par le premier article cité.

¹¹¹⁸ En ne fixant pas un contenu minimal, la « force » de la négociation est respectée, M.-A. MOREAU, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.*, 2001, p. 967.

¹¹¹⁹ Selon l'article 12 § 2 du Règlement SE, la SE ne peut être immatriculée sans la preuve de l'accord obtenu. Toutefois, en cas d'absence d'accord, l'immatriculation de la SE peut être soumise à l'acceptation par l'organe compétent des sociétés participantes d'appliquer à la future SE les dispositions de référence.

¹¹²⁰ La directive ne règle pas toute la procédure de négociation de l'accord, elle est régie sauf dispositions contraires, par la loi nationale applicable, article 6 de la Directive.

A) L'organisation de l'information et de la consultation des salariés en l'absence d'accord né des négociations

862. La constitution de la SE n'est heureusement pas liée aux tentatives réussies ou avortées de négociations. Bien que la voie de la négociation soit la priorité, il existe plusieurs voies alternatives, qu'il s'agisse de l'application des dispositions de référence prévues par la Directive relative à l'implication des travailleurs dans la SE, ou de la législation applicable du lieu où la SE emploie des travailleurs. En conséquence, l'information et la consultation des salariés pourront toujours être assurées, puisqu'elles doivent être prévues systématiquement dans toutes les SE. Ceci, contrairement à la participation des salariés car elle varie selon le principe « avant-après ».

863. Ainsi, à défaut d'un accord trouvé entre le GSN et les dirigeants des sociétés concernées, les modalités d'implication des salariés de la SE nouvellement créée, sont renvoyées, à titre subsidiaire, aux dispositions de référence prévues dans le « chapitre III »¹¹²¹. De même, ils peuvent décider par accord d'appliquer les dispositions de références relatives à la mise en place du comité de la SE prévues dans ce même chapitre III¹¹²². Cette décision doit être prise à la majorité absolue de ces membres, représentant la majorité absolue des salariés des sociétés participantes, des filiales et des établissements concernés¹¹²³.

864. Ainsi, dans la première hypothèse, l'application des dispositions de référence fait suite au laps de temps écoulé, tandis que dans la seconde, elle naît de la volonté du GSN et des dirigeants des sociétés participantes. L'immatriculation de la SE ne pourra avoir lieu que si les parties décident de mettre en place les dispositions du chapitre III et du chapitre suivant, ou si les dirigeants des sociétés concernées s'y engagent¹¹²⁴.

865. En revanche, sauf dans le cas où la SE est constituée par transformation d'une société dotée d'un dispositif de participation, le rejet ou la clôture anticipée des négociations, écartent l'application des dispositions de référence à titre subsidiaire. La majorité et le quorum sont fixés par l'article L 2352-13 alinéa 2 du Code du travail. Selon cet article, cette décision doit être prise à la majorité des deux tiers des membres du

¹¹²¹ Alinéa 3 de l'article L 2351-3 du Code du travail.

¹¹²² L 2352-20 du Code du travail

¹¹²³ L'article L 2352-13 alinéa 1^{er} du Code du travail, fixe la majorité et le quorum pour les décisions prises par le GSN.

¹¹²⁴ Cette affirmation résulte de la combinaison des articles L 2353-1 et L 2353-2 du Code du travail.

groupe spécial de négociation, issus d'au moins deux Etats membres et à la condition qu'ils représentent au moins les deux tiers des salariés des sociétés participantes, des filiales et des établissements concernés¹¹²⁵.

866. Ainsi, puisque les modalités d'implication des travailleurs (hormis la participation des salariés) ne sont ni couvertes par un accord conclu entre le GSN et les dirigeants des sociétés participantes, ni par les dispositions de référence, se sont les dispositions relatives au comité d'entreprise européen ou à la procédure d'information et de consultation dans les entreprises de dimension , qui deviennent applicables pour la SE et ses filiales¹¹²⁶. Dans ce dernier cas, si la SE est une entreprise de dimension ou un groupe d'entreprises de dimension ¹¹²⁷. Cependant, si la SE n'entre pas dans le champ d'application des articles L 2341-1, L 2341-2 et L 2341-3 du Code du travail, alors les dispositions relatives à l'information et à la consultation en vigueur dans les Etats membres où la SE emploie des travailleurs s'appliquera.

867. En conséquence, les modalités d'implication des salariés doivent être en priorité négociées par le GSN et les dirigeants des sociétés participant à la création d'une SE. Cependant, bien que la négociation soit la voie privilégiée, les modalités d'implication des salariés peuvent être régies à titre subsidiaire soit par les dispositions de référence si le délai des négociations à pris fin ou que les parties à l'accord veulent volontairement faire appliquer les dites dispositions de référence, soit par la loi national du lieu où la SE emploie des salariés si les parties à la négociation rejettent toute forme d'accord ou y mettent fin.

¹¹²⁵ En revanche, selon le même article, une telle décision ne peut pas être prise lorsqu'il existe un système de participation dans la société qui doit être transformée en SE, voir supra.

¹¹²⁶ En effet, l'article L 2351-2 du Code du travail écarte l'application de ses dispositions à la SE et ses filiales, pour faire place à l'accord né des négociations entre le GSN et les dirigeants des sociétés participantes, ou, le cas échéant, aux dispositions de référence qui nécessite la mise en place d'un comité de société européenne.

L'absence de ces hypothèses rendent applicables les dispositions nationales transposant la directive 94/45/CE concernant l'institution d'un Comité d'entreprise européen ou, la procédure applicable dans les entreprises de dimension et les groupes d'entreprises de dimension en vue d'informer et de consulter les travailleurs. Ces dispositions sont abordées dans le titre IV du livre III de la deuxième partie intitulée « les relations collectives du travail » du Code du travail.

¹¹²⁷ L'article L 2351-2 du Code du travail renvoie à l'article L 2341-2 du Code du travail pour donner des précisions. Aussi, « on entend par groupe d'entreprises de dimension , le groupe, au sens de l'article L. 2331-1, satisfaisant aux conditions d'effectifs et d'activité mentionnées à l'article L. 2341-1 et comportant au moins une entreprise employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux des Etats mentionnés à ce même article ».

868. La mise en œuvre des dispositions dispensées par le chapitre III, nécessite la création d'un comité dans la SE. Sa compétence est limitée aux questions qui concernent la société elle-même ou toute filiale ou tout établissement situés dans un autre Etat membre, ou qui excèdent les pouvoirs des instances de décision dans un seul Etat membre¹¹²⁸. Comme pour le GSN, la législation qui transpose la Directive, détaille aussi bien la composition, le fonctionnement et les attributions du comité de la SE.

869. En effet, le Code du travail français, détaille la composition du comité de la SE, la fixation du nombre de sièges, la désignation de ses membres, selon qu'il existe ou non une organisation syndicale¹¹²⁹. Hormis ce dernier élément et le premier élément évoqués précédemment, les autres dispositions applicables au comité de la SE et préalablement citées, sont renvoyées aux dispositions applicables au GSN. En effet, à l'inverse du GSN, le comité de la SE est notamment composé du dirigeant de la SE ou de son représentant, assisté de deux collaborateurs de son choix ayant voix consultatives¹¹³⁰. Quant au dernier élément présenté, par défaut, en cas d'absence d'organisation syndical dans la SE dont le siège social est en France (ou dans l'établissement ou l'entreprise implanté en France et appartenant à une société européenne), les membres du comité sont désignés selon les dispositions applicables au comité d'entreprise¹¹³¹. Le Code du travail prévoit également la procédure à suivre en cas de contestation dans la désignation des représentants des salariés, ainsi que l'impact des changements sur la composition de ce comité¹¹³².

¹¹²⁸ Le domaine de compétence du comité d'entreprise d'une SE est dicté à l'article L 2353-3 du Code du travail.

¹¹²⁹ L'article L 2353-8 du Code du travail renvoie à l'article L 2352-3 du Code du travail. Ainsi la procédure pour fixer le nombre de sièges du comité de la SE est la même que celle qui existe pour le GSN. De même, selon l'article L 2353-9 du Code du travail, les membres du comité de la société européenne représentant le personnel des sociétés participantes, filiales et établissements concernés implantés en France et relevant d'une société européenne dont le siège social est situé en France sont désignés conformément aux dispositions de l'article L 2352-5 du même code, et donc de la même manière que le GSN.

¹¹³⁰ La France a opté pour la disposition selon laquelle le dirigeant ou son représentant est membre et président du comité de la société européenne. Par ailleurs, selon le même article L 2353-7 du Code du travail relatif à la composition du comité de la société européenne, les représentants du personnel des sociétés participantes, filiales et établissements concernés, sont désignés selon l'article L 2353-9 du Code du travail.

Néanmoins, selon l'article L 2353-18 du Code du travail, les membres du comité de la société européenne peuvent se réunir sans le président avant toute réunion.

¹¹³¹ L'article L 2353-10 du Code du travail précise que les représentants du personnel au comité de la société européenne sont élus directement selon les règles applicables au comité d'entreprise

¹¹³² Le premier cas est régi par l'article L 2353-11 du Code du travail, selon lequel « les contestations relatives à la désignation des représentants des salariés au comité de la société européenne dont le siège se situe en France, ainsi que des salariés des sociétés participantes, des établissements ou filiales implantés en France sont portées devant le juge judiciaire ».

Le second cas est régi par l'article L 2353-12 du Code du travail, selon lequel « les modifications de la composition du comité de la société européenne résultant des changements intervenus dans la structure ou la dimension de la société européenne peuvent être décidées par accord passé en son sein ».

870. Ensuite, les attributions du comité de la SE sont détaillés dans le Code du travail. En effet, l'article L 2353-4 du Code du travail détaille aussi bien l'objet de ses réunions, même si cette liste n'est pas exhaustive, que la fréquence des réunions du comité de la SE, qui est d'au moins une fois par an¹¹³³.

871. La réunion du comité d'entreprise est l'occasion d'informations et de consultations dans le domaine de compétence qui est le sien¹¹³⁴. Un ordre du jour est aussi fixé¹¹³⁵. Afin de comprendre au mieux les intérêts en cause, et la situation de la SE, le dirigeant de la société doit fournir des documents, permettant d'appréhender les points pouvant être soulevés lors de cette réunion. Par ailleurs, il lui faut aussi fournir une copie des documents soumis à l'assemblée générale des actionnaires de la société, avec l'ordre du jour des réunions de l'organe d'administration ou celui de surveillance¹¹³⁶.

872. En plus des réunions annuelles, le comité de la SE peut être réuni de plein droit, par le dirigeant de la société, en présence de circonstances exceptionnelles affectant « considérablement » les intérêts des salariés¹¹³⁷. Ainsi, le comité pourra être informé et consulté sur les mesures affectant « considérablement » les intérêts des salariés, avant que l'organe compétent ait pris sa décision définitive. Mais ceci à condition que le comité en fasse la demande.

873. L'article L 2353-5 du Code du travail ne donne pas une liste exhaustive des différentes hypothèses donnant droit à une réunion de plein de droit de ce comité. En

¹¹³³ Selon l'article L 2353-16 du Code du travail, le président du comité convoque le comité à une réunion annuelle, à partir de rapports réguliers établis par celui-ci. Ces rapports relatent l'évolution des activités de la SE et ses perspectives. L'article précise que les directeurs des filiales et des établissements constituant la société sont informés de ces rapports.

¹¹³⁴ Son champ d'action est déterminé par l'article L 2353-3 du Code du travail, selon lequel, la compétence du comité de la société européenne est limitée aux questions concernant la SE elle-même ou toute filiale ou tout établissement situé dans un autre Etat membre, ou excédant les pouvoirs des instances de décision dans un seul Etat membre

¹¹³⁵ Selon l'article L 2353-17 du Code du travail, l'ordre du jour des réunions du comité de la société européenne est arrêté par le président et le secrétaire. Il est communiqué aux membres du comité au moins quinze jours avant la date de la réunion.

A défaut d'accord sur le contenu de l'ordre du jour de la réunion obligatoire, celui-ci est fixé par le président ou le secrétaire et communiqué aux membres du comité au moins dix jours avant la date de la réunion. Le dirigeant de la SE fournit au comité l'ordre du jour des réunions de l'organe d'administration ou de surveillance ainsi que des copies de tous les documents soumis à l'assemblée générale des actionnaires.

¹¹³⁶ En effet, selon l'article L 2353-17 alinéa 4 du Code du travail, le dirigeant de la SE fournit au comité l'ordre du jour des réunions de l'organe d'administration ou de surveillance ainsi que des copies de tous les documents soumis à l'assemblée générale des actionnaires.

¹¹³⁷ De même, selon l'article L 2353-5 du Code du travail, le bureau, si le comité de la société européenne en décide ainsi, est de plein droit réuni, s'il en fait la demande, par le dirigeant de la société européenne.

effet, il ne donne que quelques unes de ces hypothèses. Une offre publique d'acquisition n'en fait pas partie puisque communiquer une telle information avant que l'offre ne soit rendue publique, entraverait « gravement » le fonctionnement de la SE¹¹³⁸. Cependant, une fois l'offre rendue publique, le dirigeant (qui a lancé cette offre sur une entreprise) doit réunir le comité dans les huit jours, afin de lui transmettre des informations écrites et précises sur le contenu de cette opération et sur les conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner sur l'emploi.

874. Grâce à ces réunions, les membres du comité d'entreprise peuvent obtenir des informations qui entrent dans leurs champs de compétence, pour en débattre. Les décisions prises par le comité d'entreprise lors de ses réunions, sont votées à la majorité de ses membres¹¹³⁹. L'avis qu'ils expriment ne pèse pas sur la SE, puisque le comité d'entreprise n'a qu'un rôle consultatif. Néanmoins, lorsque la direction décide de ne pas suivre l'avis exprimé par le comité de la SE, ce dernier est de plein droit réuni de nouveau, s'il en fait la demande, par le dirigeant, pour tenter de parvenir à un accord¹¹⁴⁰. Les représentants du personnel du comité d'entreprise doivent communiquer la teneur et les fruits de ces réunions aux représentants du personnel, des établissements et filiales de la SE ou, à défaut, à l'ensemble des salariés, ce à l'exception des informations couvertes par l'obligation de discrétion ou par le secret professionnel¹¹⁴¹.

875. Enfin, le Code du travail détaille également le fonctionnement du comité de la SE, tout comme le GSN. Il profite de mesures semblables. En effet, il bénéficie des mêmes moyens financiers, puisque les dépenses de fonctionnement du comité (et de son

¹¹³⁸ En effet, selon l'article 8 § 2 de la Directive, « chaque État membre prévoit que, dans des cas spécifiques et dans les conditions et limites fixées par la législation nationale, l'organe de surveillance ou d'administration d'une SE ou d'une société participante établie sur son territoire n'est pas obligé de communiquer des informations lorsque leur nature est telle que, selon des critères objectifs, leur divulgation entraverait gravement le fonctionnement de la SE (ou, selon le cas, de la société participante) ou de ses filiales et établissements ou porterait préjudice à ceux-ci ».

Aussi, l'offre publique d'achat faite par le dirigeant de la SE sur une entreprise, fait l'objet d'un traitement spécifique, puisque selon l'article L 2353-6 du Code du travail le dirigeant peut taire cette information.

¹¹³⁹ Article L 2353-14 du Code du travail.

¹¹⁴⁰ Article L 2353-19 du Code du travail.

Un parallèle avec la directive relative au comité d'entreprise européen.

¹¹⁴¹ Selon l'article L 2353-23 du Code du travail, les représentants du personnel siégeant au comité de la société européenne informent les représentants du personnel des établissements et filiales de la société européenne ou, à défaut, l'ensemble des salariés, de la teneur et des résultats des travaux de ce comité. Dans le respect du secret professionnel et de l'obligation de discrétion prévus à l'article L. 2325-5 du Code du travail.

bureau) sont prises en charge par la SE afin de leurs permettre de s'acquitter de leurs missions d'une manière appropriée¹¹⁴².

876. De plus, les membres du comité (et le secrétaire) bénéficient du temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, et cet investissement de temps est considéré comme celui presté dans l'entreprise. Il est entendu qu'en principe un temps limité est imparti à chacun d'entre eux¹¹⁴³. Néanmoins, le dirigeant de la SE n'a pas à rester passif sur ce dernier point. Il peut en venir à contester l'usage de ce temps attribué dans l'exercice de leurs fonctions¹¹⁴⁴.

877. En outre, les membres du comité de la SE bénéficient d'un congé de formation sans perte de salaire, pour les seuls besoins de l'accomplissement de leurs tâches¹¹⁴⁵.

878. Enfin, comme pour le GSN, le comité de la SE (et son bureau) peut se faire assister d'experts dans le cadre de leurs missions, mais seul un expert sera pris en charge par la société (dans le cadre de la réunion annuelle du comité)¹¹⁴⁶. D'ailleurs, les articles qui s'y rapportent, utilisent des termes et des expressions similaires adaptés à la période de négociation dans un premier cas, et au fonctionnement du comité dans un second. De même, contrairement, au GSN, le comité bénéficie de mesures spécifiques liées aux besoins de son bon fonctionnement qui lui n'est pas éphémère¹¹⁴⁷.

¹¹⁴² D'ailleurs, selon l'article L 2353-24 du Code du travail la SE ne dote pas seulement les représentants du personnel des ressources financières et matérielles, elle prend également en charge les frais d'organisation des réunions et d'interprétariat ainsi que les frais de séjour et de déplacement des membres du comité et du bureau.

¹¹⁴³ En effet, selon l'alinéa 1^{er} de l'article L 2353-25 du Code du travail, sauf circonstances exceptionnelles, chacun d'entre eux disposent d'un temps limité à cent vingt heures annuelles. En outre, selon l'alinéa 4 de l'article L 2353-25 du Code du travail, le temps passé aux séances du comité et aux réunions, par les membres du comité et de son bureau (et par le secrétaire) n'est pas déduit de leurs heures imparties. Par ailleurs, selon l'alinéa 3 de l'article L 2353-25 du Code du travail, ce temps est considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale.

¹¹⁴⁴ En effet, selon l'alinéa 3 de l'article L 2353-25 du Code du travail, le dirigeant peut saisir le juge judiciaire pour contester l'usage fait du temps alloué.

¹¹⁴⁵ Les conditions d'exercice de ce droit sont renvoyés par l'article L 2325-44 du Code du travail à l'article L 2353-27 du Code du travail.

¹¹⁴⁶ Un parallèle peut être établi entre l'article L 2353-22 du Code du travail relative au recours d'experts par le GSN, et l'article L 2352-12 du Code du travail relative au recours d'experts par le comité de la société européenne.

¹¹⁴⁷ Ainsi, l'article L 2353-27 du Code du travail permet aux membres du comité de la société européenne de prendre un congé de formation dans les conditions fixées à l'article L 2325-44 du même code. De même, selon l'alinéa 3 de l'article L 2353-13 du Code du travail, il existe au sein du comité un secrétaire.

879. Les dispositions de référence comportent également une partie sur la participation des salariés. Toutefois, la mise en œuvre de ces dispositions varie selon plusieurs facteurs.

B) Les conséquences de l'absence d'accord né des négociations sur la participation des salariés

880. La mise en œuvre des dispositions de référence en matière de participation des salariés au sein de l'organe d'administration ou de celui conseil n'est pas obligatoire. Elle varie selon la participation existante au sein des sociétés constituant une SE. En effet, lorsqu'une SE est constituée par d'autres voies que celle de la transformation d'une SA en SE, et que le délai des négociations a pris fin sans qu'un accord aboutisse, les dispositions de référence en matière de participation des salariés, ne s'appliquent que dans certaines hypothèses.

881. Si une SE est constituée par voie de transformation, et qu'il existait un système de participation des salariés dans l'organe d'administration ou de celui du conseil de la société (avant sa transformation), les différents éléments de la participation des salariés s'appliquent dans la SE¹¹⁴⁸.

882. En revanche, en vertu du principe « avant après », si aucun régime de participation n'était mis en place, aucune mesure de participation n'est à prendre dans la SE. En effet, le considérant n° 18 de la Directive prône la préservation des droits acquis par les salariés en matière de participation. Cette dernière n'est donc pas imposée là où elle n'existait pas¹¹⁴⁹. En vertu du principe « avant après », si les salariés bénéficiaient d'un régime de participation dans l'une des sociétés parties prenantes à ces opérations, ils continuent à en profiter après la réalisation de celles-ci. Sauf si la direction et les représentants des salariés décident du contraire ou organisent un régime de participation différent.

¹¹⁴⁸ L 2353-28 1^{er} alinéa du Code du travail.

¹¹⁴⁹ En vertu du principe « avant après », si les salariés bénéficiaient d'un régime de participation dans l'une des sociétés parties prenantes à ces opérations, ils continuent à en profiter après la réalisation de celles-ci sauf si la direction et les représentants des salariés décidaient du contraire ou organisaient un régime de participation différent.

883. Ensuite, dans les autres voies de constitution d'une SE, cela varie en fonction du niveau de participation des salariés dans les sociétés participant à la constitution de la SE. En outre, une ou plusieurs formes de participation doivent déjà s'appliquer dans une ou plusieurs des sociétés qui participent directement à la constitution de la SE.

884. Ainsi, en cas de constitution d'une SE par voie de holding ou de filiale, les dispositions de référence s'appliquent lorsqu'au moins 50 % du total des salariés par les sociétés participantes connaissent déjà une forme de participation.

885. En revanche, le seuil passe à 25 % du total des salariés des sociétés participantes, dans l'hypothèse de la constitution d'une SE par voie de fusion.

886. En somme, lorsque au sein des sociétés participantes, il n'existe qu'une seule forme de participation, elle est appliquée à la SE (en retenant la proportion la plus élevée de participation des salariés dans les organes de la SE). Dans le cas où il en existe plusieurs, le choix de la forme à appliquer revient au GSN ou à défaut au dirigeant de la SE¹¹⁵⁰.

887. La Directive relative à l'implication des salariés au sein de la SE, est indissociable du Règlement SE. Aussi les Etats membres doivent intégrer dans leurs législations des lois de transposition de cette directive. De même, la France a adopté des mesures fiscales afin de rendre les opérations transfrontalières effectives.

Section 2 : Le traitement fiscal par le droit français de la fusion transfrontalière et du transfert de siège social

888. Contrairement au régime fiscal du transfert de siège social, les principaux obstacles fiscaux à la réalisation de l'opération de fusion entre des sociétés de capitaux d'Etats membres différents, ont été levés le 23 juillet 1990, jour de l'adoption de la directive 90/434/CE, dite « directive fusion »¹¹⁵¹. En effet, cette dernière institue un régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports partiels d'actifs et échanges d'actions, afin que la réalisation de ces opérations ne soit pas entravée par des

¹¹⁵⁰ Article L 2353-28 du Code du travail.

¹¹⁵¹ JOCE 225/1 du 20 août 1990. La directive du 15 février 2005 a étendu à la SE les dispositions de la directive du 23 juillet 1990.

considérations fiscales¹¹⁵². Par la suite, le champ d'application de la directive a été étendu à d'autres opérations le 17 février 2005 dans la directive n° 2005/19/CE. Cette dernière inclus la SE dans le bénéfice de ses dispositions. Ses mesures ne profitent pas qu'à la constitution d'une SE par voie de fusion. Les transferts de siège hors de l'État de résidence peuvent aussi bénéficier du régime fiscal de faveur prévu pour les fusions.

889. La France a adopté des dispositions afin de faciliter des opérations transfrontalières sur le plan fiscal, qu'il s'agisse du transfert de siège social d'une société dans un autre Etat membre, que de la fusion transfrontalière de sociétés de capitaux. Ces dispositions s'appliquent lors de la constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière (§ 2), ou du transfert de siège social de la SE (§ 1), puisque aucune mesure fiscale n'a été prise par le Règlement SE.

§1 : Les dispositions fiscales applicables au transfert du siège social d'une SE

890. Le régime fiscal français du transfert transfrontalier du siège social varie selon que la France est un Etat d'accueil (**B**) ou de départ (**A**) de la société qui désire transférer son siège social.

A) Le traitement fiscal du transfert du siège social d'une société de la France

891. Le transfert du siège social à l'étranger est assimilé à une cessation d'activité ou à une dissolution¹¹⁵³. Aussi, il entraîne l'imposition immédiate des bénéfices non encore imposés, des plus-values latentes comprises dans la valeur des éléments de l'actif (immobilisation et stock), et celles dont l'imposition avait été différée.¹¹⁵⁴ Dès lors, *a*

¹¹⁵² « La nécessité de prévoir un régime d'allégement de l'imposition des fusions transnationales [s'est révélée] impérieuse tant le coût fiscal d'une fusion transeuropéenne s'avérait prohibitif dès lors que la fusion emportait la disparition de l'entité absorbée, sa liquidation fiscale et, dans la foulée, l'exigibilité des impôts afférents à cette liquidation. Pour éviter toute charge fiscale dissuasive, la directive Fusions a donc consacré le principe d'une fusion transfrontalière sans liquidation et opérant une transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante », D. VAN DEN BULKE, « L'aspect fiscal de la fusion », *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁵³ Aux termes du 1^{er} alinéa du § 2 de l'article 221 du Code général des Impôts, en cas de dissolution, de transformation entraînant la création d'une personne morale nouvelle, d'apport en société, de fusion, de transfert du siège ou d'un établissement à l'étranger, l'impôt sur les sociétés est établi dans les conditions prévues aux 1 et 3 de l'article 201.

¹¹⁵⁴ « Les conséquences sont [d'autant plus] lourd[e]s [que] le mécanisme d'atténuation de la fiscalité de la cessation d'entreprise prévu à l'article 221 bis du Code Général des impôts, qui permet d'éviter l'imposition immédiate des plus values latentes lorsque aucune modification n'est apportée aux valeurs d'actif, n'est pas applicable en cas de transfert de siège à l'étranger dès lors qu'une telle opération entraîne la perte de la

priori le système fiscal français est un obstacle au transfert de siège social vers un autre Etat membre puisqu'il est assimilé à une cessation d'activité, ou à une dissolution¹¹⁵⁵. Une exception existe pour les sociétés par actions bénéficiant d'une convention spéciale¹¹⁵⁶. Mais aucune convention n'a été signée¹¹⁵⁷.

892. Ainsi, d'une part, le transfert du siège social d'une SA dans un autre Etat membre doit être décidé à l'unanimité des associés. D'autre part, puisqu'il est apparenté en France à une dissolution, il entraîne l'imposition immédiate de tous les bénéfices et plus-values non imposés résultant de la différence entre l'actif net et l'actif comptable, ainsi que du boni de liquidation.

893. Toutefois, bien que le droit fiscal français assimile le transfert à l'étranger du siège social à une cessation d'entreprise, il en va autrement dans le cas du transfert de siège d'une société immatriculée en France vers un autre Etat membre de l'Union européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de sa personnalité juridique¹¹⁵⁸. En effet, la société bénéficie d'une neutralité fiscale, sans qu'aucune différence de traitement ne soit faite selon que le transfert soit ou non suivi d'une dissolution de la société dans l'Etat d'origine¹¹⁵⁹.

personnalité morale de la société concernée », P. SERLOOTEN, Répertoire de droit des sociétés, *Impôts sur les sociétés*, n° 417.

« D'une manière générale, le droit d'apport est exigible sur l'actif net de la société si l'acte qui constate l'opération est passé en France quelles que soient la nationalité de la société et la situation des biens apportés. Et « à défaut d'acte en France, le droit d'apport est susceptible d'être exigé si les biens faisant l'objet de l'apport ont leur assiette matérielle ou juridique en France ».

¹¹⁵⁵ Aux termes du 1^{er} alinéa du § 2 de l'article 221 du Code général des Impôts, en cas de dissolution, de transformation entraînant la création d'une personne morale nouvelle, d'apport en société, de fusion, de transfert du siège ou d'un établissement à l'étranger, l'impôt sur les sociétés est établi dans les conditions prévues aux 1 et 3 de l'article 201.

¹¹⁵⁶ Aux termes du § 3 de l'article 221 du Code général des Impôts, « le changement de nationalité d'une société par actions et le transfert de son siège social à l'étranger n'entraînent pas l'application des dispositions du premier alinéa du 2, lorsqu'ils sont décidés par l'assemblée générale dans les conditions prévues à l'article L 225-97 du code de commerce ».

¹¹⁵⁷ Voir *infra*.

¹¹⁵⁸ Aux termes du § 2 de l'alinéa 3 de l'article 221 du Code général des Impôts, « toutefois, le transfert de siège dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise ».

Le traitement fiscal du transfert de siège dans le pays d'accueil peut varier selon les Etats. Il convient de préciser que le régime fiscal étranger peut être différent suivant que la personnalité juridique de la société est maintenue ou pas au cours de l'opération ; F. FAGES et M. MENJUCQ, « Le transfert du siège social enfin à la portée des sociétés françaises », *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁵⁹ Ainsi est créée une notion fiscale autonome de transfert, M. MENJUCQ, Droit international des sociétés, Répertoire de droit des sociétés, n° 121. Ces deux opérations juridiquement différentes sont fiscalement traitées de la même manière, M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 445, p. 437 ; F. FAGES et M. MENJUCQ « Le transfert du siège social enfin à la portée des sociétés françaises », *op. cit.*, p. 34.

894. Cependant pour bénéficier de cette neutralité fiscale, la société qui transfère son siège doit maintenir en France un établissement stable reprenant à son bilan l'ensemble des éléments d'actifs (l'actif social taxable)¹¹⁶⁰. Par conséquent, si le transfert de siège se concrétise par une délocalisation matérielle complète de la société et la sortie du territoire français de cet actif taxable, il y aura imposition¹¹⁶¹. L'Etat quitté ne doit pas constater de perte définitive de matière imposable¹¹⁶². En outre, l'établissement stable ne doit pas modifier les bases de calcul des amortissements et des plus values de cession des éléments d'actif qui lui sont rattachés.

895. Les bénéfices de la société acquis avant le transfert de siège social, sont imposables. Il n'existe aucune raison qu'ils soient soustraits à l'impôt sur les sociétés. Ces bénéfices ont été réalisés alors que la société étaient encore résidente en France.

896. Pour ce qui est des plus-values à imposition étalée, l'Etat dispose contre la société d'une créance fiscale apparue avant le transfert de siège social mais son recouvrement est fractionné. La France conserve le droit d'imposer intégralement la plus-value réalisée avant le transfert. Toutefois, elle ne peut pas exiger le paiement immédiat de cette créance au titre du transfert du siège social de la société. En effet, l'exigibilité anticipée de l'impôt sur les plus-values restant à réintégrer constitue une entrave à la liberté d'établissement¹¹⁶³. Une exigence anticipée constitue un préjudice financier

¹¹⁶⁰ C'est le régime fiscal de la fusion transfrontalière qui est appliqué au transfert de siège. Ce dispositif est issu de la directive n° 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005 modifiant la directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990 concernant « le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents » (JOUE, n° L 58, 4 mars), a été transposée par l'article 34 de la loi de finances 2005 n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 qui, par la modification de l'article 221 du code général des impôts, a consacré la neutralité de cette opération de transfert.

Nous verrons plus loin les liens qu'il existe entre le régime fiscal de la fusion transfrontalière et du transfert du siège social.

¹¹⁶¹ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 445, p. 437 ; F. FAGES et M. MENJUCQ « Le transfert du siège social enfin à la portée des sociétés françaises », op. cit., p. 34.

Dans le cas où les éléments d'actifs restent situés en France et que seul le siège statutaire est transféré dans un autre Etat, aucune taxation n'est donc exigible du chef de ce transfert. En pratique, les éléments d'actifs (et ou les activités) qui demeurent en France et qui restent la propriété de la société dont le siège a été transféré hors de France se retrouvent en principe imposable à l'impôt sur les sociétés en France au niveau de l'établissement stable ; L.-H. FAULCON et B. TOULEMONT, « La société européenne recherche toujours sa fiscalité », *Les nouvelles fiscales*, 2006, p. 20.

¹¹⁶² « Les plus values afférentes aux éléments d'actifs cédés ou transférés hors de France sont immédiatement imposables dès lors que ce transfert ou cette cession se traduit par une sortie de l'actif du bilan de l'entreprise soumise à l'impôt sur les sociétés en France. Dans le cas où ces éléments restent situés en France et que seul le siège statutaire est transféré dans un autre Etat, aucune taxation n'est donc exigible du chef de ce transfert », *Lamy fiscal*, n° 2100.

¹¹⁶³ D. GUTMANN, « La fiscalité de la société européenne : le problème de transfert de siège », in *Société européenne, Journal des sociétés*, n° 28, janvier 2006, p. 42, spéc. p. 44.

important pour la société et une différence de traitement de fiscal puisque le report d'imposition est octroyé en l'absence d'élément d'extranéité¹¹⁶⁴.

897. Le problème posé par les plus-values au jour du transfert est plus épineux.

898. La CJUE, dans l'arrêt *Huges de Lasteyrie de Saillant*¹¹⁶⁵, a eu l'occasion de considérer comme contraire au principe de la liberté d'établissement, les conditions du mécanisme de l'*exit tax*. Selon la CJUE, l'article 43 ne s'applique pas seulement dans les hypothèses où il y a négation pure et simple de la liberté d'établissement, il s'applique également chaque fois que la disposition nationale exerce un effet dissuasif à l'égard des contribuables qui souhaitent s'installer dans un autre Etat membre¹¹⁶⁶.

899. Bien que dans cet arrêt la disposition s'appliquait aux personnes physiques, on pouvait déjà imaginer qu'une disposition similaire s'appliquant aux personnes morales est contraire à la liberté d'établissement. La jurisprudence de la CJUE a d'ailleurs eu l'occasion de réaffirmer sa position. Un dispositif « anti-abus » trop large (et dont l'objet n'est pas assez spécifique), ne peut pas être considéré comme véritablement destiné à lutter contre la fraude fiscale, car il peut venir en contre au principe de la liberté d'établissement¹¹⁶⁷.

900. Bien que l'exposé des motifs de l'article de la loi de finances pour 2005 indique qu'il s'agit « de se conformer au règlement sur la société européenne », la réforme réalisée s'inscrit bien dans « un contexte de réaction du droit européen aux résistances nationales », d'ailleurs les motifs de ce même article affirment qu'il s'agit de « limiter les effets fiscaux préjudiciables au transfert de siège intra-communautaire »¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁴ D. GUTMANN, *ibid*, p. 42, p. 44.

¹¹⁶⁵ CJCE, 11 mars 2004, aff. C 9-02, *Huges de Lasteyrie du Saillant* ; Les nouvelles Fiscales n° 912, p. 4 et n° 928, p. 89. Selon cet arrêt, ce mécanisme issu de l'article 167 bis du CGI qui prévoyait la taxation immédiate de certaines plus values latentes sur titres du seul fait du transfert du domicile fiscal d'une personne physique de France vers un autre Etat de l'Union européenne.

¹¹⁶⁶ CJCE, 4 mars 2004, aff. C 334-02, Commission c/France , CJCE, 11 mars 2004, aff. C 9-02, *Huges de Lasteyrie du Saillant*, Europe, n° 5, mai 2004, comm. 137, L. IDOT.
Points 45 à 47 de l'arrêt *Huges de Lasteyrie du Saillant*.

¹¹⁶⁷ CJCE, aff. 196/04, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*.

¹¹⁶⁸ *Dr. fiscal*, 2004, n° 43, p. 1546 ; en ce sens H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », *op. cit.*, p. 81 ; B. LECOURT, « Transfert de siège social, nouvel article 221-2 du CGI », *Rev. soc.*, 2005, p. 478 ; « Transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société (article 34) », *JCP éd. N*, n° 4, 28 janvier 2005, p. 1060.

901. Aussi, afin de rendre conforme sa législation relative au transfert de siège, la France a dû en modifier la teneur, par l'intermédiaire de l'article 34 de la loi de finances pour 2005¹¹⁶⁹. Cet article complète l'article 221-2 du CGI en organisant la neutralité fiscale du transfert de siège d'une société vers un autre Etat membre de l'Union européenne. Elle est le corollaire du Règlement SE qui permet le transfert de siège social d'une SE dans un autre Etat membre.

902. Pourtant ces mesures n'étaient pas suffisantes. L'arrêt *National Grid Indus*¹¹⁷⁰ a conduit le législateur français à modifier sa législation pour la rendre conforme avec la jurisprudence de la CJUE. Le droit pour un Etat membre d'imposer une plus-value latente afférente à un bien économique née dans le cadre de sa compétence fiscale avant le transfert de siège social de la société à l'étranger, n'est pas remis en cause¹¹⁷¹. Mais une disposition imposant le recouvrement immédiat de l'imposition sur les plus-values latentes afférentes à des éléments de patrimoine d'une société transférant son siège social dans un autre Etat membre, au moment même dudit transfert, est disproportionnée¹¹⁷². La législation interne d'un Etat membre doit offrir le choix entre une imposition immédiate et une imposition différée¹¹⁷³. Le caractère systématique et immédiat de l'imposition des

¹¹⁶⁹ L. fin. 2005, n° 2004-1484, 30 déc. 2004, art. 34, JO 31 déc., p. 22459 ; *Les Nouvelles fiscales* n° 928, p. 3.

¹¹⁷⁰ CJUE, *National Grid Indus*, gde ch., 29 nov. 2011, affaire C-371/10.

¹¹⁷¹ Selon le point 46 de l'arrêt *National Grid Indus*, « Le transfert du siège de direction effective d'une société d'un Etat membre dans un autre Etat membre ne saurait signifier que l'Etat membre d'origine doit renoncer à son droit d'imposer une plus-value née dans le cadre de sa compétence fiscale avant ledit transfert (voir, en ce sens, arrêt du 12 décembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, Rec. p. I-11673, point 59). La Cour a ainsi jugé qu'un Etat membre est, conformément au principe de territorialité fiscale associé à un élément temporel, à savoir la résidence fiscale du contribuable sur le territoire national pendant la période où les plus-values latentes sont apparues, en droit d'imposer lesdites plus-values au moment de l'émigration de celui-ci (voir arrêt N, précité, point 46). Une telle mesure vise, en effet, à prévenir des situations de nature à compromettre le droit de l'Etat membre d'origine d'exercer sa compétence fiscale en relation avec les activités réalisées sur son territoire et peut donc être justifiée par des motifs liés à la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres (voir arrêts *Marks & Spencer*, précité, point 46; *Oy AA*, précité, point 54, ainsi que du 21 janvier 2010, *SGI*, C-311/08, Rec. p. I-487, point 60) ».

De même selon le point 48 du même arrêt, « une réglementation telle que celle en cause au principal est propre à garantir la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres concernés. En effet, l'imposition du décompte final au moment du transfert du siège de direction effective d'une société vise à soumettre à l'impôt sur les bénéfices de l'Etat membre d'origine les plus-values non réalisées, nées dans le cadre de la compétence fiscale de cet Etat membre, avant le transfert dudit siège. Les plus-values latentes afférentes à un bien économique sont ainsi imposées dans l'Etat membre dans lequel elles sont nées ».

¹¹⁷² Point 85 de l'arrêt *National Grid Indus*.

¹¹⁷³ Selon le point 73 de l'arrêt *National Grid Indus*, « une réglementation nationale offrant le choix à la société qui transfère son siège de direction effective dans un autre Etat membre entre, d'une part, le paiement immédiat du montant de l'imposition, qui crée un désavantage en matière de trésorerie pour cette société mais la dispense de charges administratives ultérieures, et, d'autre part, le paiement différé du montant de ladite imposition, assorti, le cas échéant, d'intérêts selon la réglementation nationale applicable, qui est nécessairement accompagné d'une charge administrative pour la société concernée, liée au suivi des actifs transférés, constituerait une mesure qui, tout en étant propre à garantir la répartition équilibrée du

plus values latentes, peut avoir un effet dissuasif en ayant des répercussions considérables sur le patrimoine de la société. Cet argument a déjà été employé dans l'arrêt *de Lasteyrie du Saillant*¹¹⁷⁴.

903. Ainsi, le principe de l'imposition des plus-values qui ne restent pas rattachées à un établissement stable, lors du transfert du siège social, est compatible avec le droit de l'Union européenne. Le caractère immédiat de celle-ci ne l'est pas. Le législateur français, par décret n° 2013-463 du 3 juin 2013-article 1, a donc du modifier les modalités de cette imposition¹¹⁷⁵. L'article 221 2° du Code général des impôts, laisse aux sociétés le choix dans les conditions d'imposition¹¹⁷⁶. L'administration fiscale va calculer la valeur de ces actifs à la date du transfert, dégager les plus values latentes et les

pouvoir d'imposition entre les États membres, serait moins attentatoire à la liberté d'établissement que la mesure en cause au principal. En effet, dans l'hypothèse où une société estimerait que les charges administratives liées au recouvrement différé sont excessives, elle pourrait opter pour le paiement immédiat de l'imposition ».

¹¹⁷⁴ Points 45 et 46 de l'arrêt *de Lasteyrie du Saillant*

¹¹⁷⁵ Cela concerne tous les États membres qui connaissent un dispositif d'*exit tax* pour les sociétés, notamment la France, la Belgique, le Danemark, l'Irlande, l'Espagne et le Portugal, C. CATHIARD, « La mobilité des sociétés dans l'UE », in *La société européenne, droit et limites aux stratégies internationales de développement des entreprises*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et A. COTIGA, Bruylant, 2013, p. 95, n° 254.

¹¹⁷⁶ Aux termes de l'article 221 2° du Code général des impôts, « en cas de dissolution, de transformation entraînant la création d'une personne morale nouvelle, d'apport en société, de fusion, de transfert du siège ou d'un établissement dans un État étranger autre qu'un État membre de l'Union européenne ou qu'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, l'impôt sur les sociétés est établi dans les conditions prévues aux 1 et 3 de l'article 201.

Il en est de même, sous réserve des dispositions de l'article 221 bis, lorsque les sociétés ou organismes mentionnés aux articles 206 à 208 quinquies, 239, 239 bis AA et 239 bis AB cessent totalement ou partiellement d'être soumis à l'impôt sur les sociétés au taux prévu au deuxième alinéa du I de l'article 219.

Lorsque le transfert du siège ou d'un établissement s'effectue dans un autre État membre de l'Union européenne ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 précitée et qu'il s'accompagne du transfert d'éléments d'actifs, l'impôt sur les sociétés calculé à raison des plus-values latentes constatées sur les éléments de l'actif immobilisé transférés et des plus-values en report ou en sursis d'imposition est acquitté dans les deux mois suivant le transfert des actifs :

a) Soit pour la totalité de son montant ;

b) Soit, sur demande expresse de la société, pour le cinquième de son montant. Le solde est acquitté par fractions égales au plus tard à la date anniversaire du premier paiement au cours des quatre années suivantes. Le solde des fractions dues en application de la première phrase du présent b peut être versé à tout moment, en une seule fois, avant chaque date anniversaire du premier paiement.

L'impôt devient immédiatement exigible lorsque intervient, dans le délai de cinq ans, la cession des actifs ou leur transfert dans un autre État que ceux mentionnés au troisième alinéa du présent 2 ou la dissolution de la société. L'impôt devient également exigible en cas de non-respect de l'une des échéances de paiement.

La société adresse chaque année au service des impôts des non-résidents un état conforme au modèle fourni par l'administration faisant apparaître les renseignements nécessaires au suivi des plus-values latentes sur les éléments de l'actif immobilisé transférés, mentionnées au troisième alinéa ».

taxer¹¹⁷⁷. L'imposition peut être immédiate ou en sursis pour autant que le contribuable se soumette à certaines conditions¹¹⁷⁸.

904. La France prévoit aussi la neutralité fiscale du transfert de siège social d'une société vers son territoire

B) Le traitement fiscal du transfert de siège social d'une société vers la France

905. Lorsque une société provient d'un Etat hors de l'Union européenne et qu'elle transfère son siège social en France, elle sera considérée comme une nouvelle personne morale. Ce qui a pour conséquence directe que les droits afférents aux constitutions de sociétés sont exigibles¹¹⁷⁹.

906. En revanche, une société originaire d'un Etat membre, ne paye ni d'impôt de constitution, à son arrivée en France, ni aucun autre droit s'y afférent¹¹⁸⁰. Même si elle

¹¹⁷⁷ L'article L 221-2 du Code général des Impôts, prévoit la taxation des bénéfices réalisés au cours de la dernière période d'imposition, et la taxation des bénéfices en sursis d'imposition et réintégration de toutes les provisions. « On réintègrera dans la masse imposable les provisions pour risques ou charges, les provisions pour dépréciation, les provisions pour hausse des prix, les provisions pour fluctuations des cours », ce qui signifie la perte de tous les régimes favorables, J. BEGUIN, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », *op. cit.*, p. 43, spéc. n° 20.

¹¹⁷⁸ Selon le point 74 de l'arrêt, un Etat peut « tenir compte également du risque de non-recouvrement de l'imposition, qui augmente en fonction de l'écoulement du temps. Ce risque peut être pris en compte par l'Etat membre en cause, dans le cadre de sa réglementation nationale applicable au paiement différé des dettes fiscales, par des mesures telles que la constitution d'une garantie bancaire ».

¹¹⁷⁹ Cette opération donne lieu à « la perception des droits exigibles sur les apports. Lorsqu'ils sont exigibles, les droits de mutation sont liquidés sur la valeur réelle des biens composant l'actif social », Lamy fiscal 2010, 7608 transfert de siège social.

¹¹⁸⁰ C'est ce qu'il ressort de la lecture *a contrario* du I de l'article 808 A du Code général des Impôts. Aux termes de cette disposition, « les opérations soumises au droit d'apport ou à la taxe de publicité foncière et concernant les sociétés de capitaux sont taxables en France lorsque s'y trouve le siège de direction effective ou le siège statutaire, à condition que, dans ce dernier cas, le siège de direction effective soit situé en dehors des Etats de la Communauté européenne ». Il existe donc une exception en faveur des sociétés de capitaux dont le siège statutaire ou le siège de direction se situaient, avant le transfert, dans un Etat de l'Union européenne.

Si l'opération est assimilée à la création d'une société nouvelle, l'administration fiscale peut demander les droits d'apport ordinaire sur la valeur réelle de l'actif net de la société au jour du transfert ou sur le montant du capital social, s'il est supérieur, *cf.* M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op. cit.*, p. 218. Et, les droits afférents aux constitutions des sociétés sont exigibles.

Précisons seulement ici, qu'en vertu de l'article 808 II du Code général des impôts, le droit d'apport est exigible sur la valeur de l'actif, « 1° Depuis un Etat n'appartenant pas à la Communauté européenne, du siège de direction effective d'une société de capitaux ou de son siège statutaire, à condition que, dans le premier cas, son siège statutaire ou, dans le second cas, son siège de direction effective ne se trouve pas dans un Etat membre de la Communauté; 2° Depuis un autre Etat de la Communauté européenne, soit du siège de direction effective d'une société, soit de son siège statutaire dans la mesure où elle n'était pas considérée comme une société de capitaux dans cet autre Etat et à condition que, dans le second cas, son siège de direction effective ne se trouve pas dans un Etat de cette Communauté ».

doit être immatriculée, l'accueil après opération n'est pas dans ce cas considéré comme donnant naissance à un être moral nouveau¹¹⁸¹.

907. Cependant, la neutralité fiscale du transfert de siège d'une société étrangère en France, est admise d'une part, dans les seuls cas où la législation de l'Etat d'origine permettrait cette opération sans perte de la personnalité morale. Et d'autre part, sous réserve que le transfère s'effectue sans autre modification substantielle des statuts, de changement d'activité ou d'une cessation de cette activité déjà exercée en France¹¹⁸². Il peut sembler paradoxal de sanctionner une entreprise souhaitant rattacher son siège fiscal en France dans le but d'y développer son activité.

908. La législation française en la matière a longtemps été incitative ou dissuasive selon que la France soit l'Etat d'accueil ou départ.

909. En effet, il ne faut pas oublier que le système fiscal français connaît un principe de territorialité¹¹⁸³. Ce qui est pris en compte c'est l'exercice d'une activité génératrice de profit sur le territoire français.

910. Dès lors, la crainte de la perte de recettes fiscales n'est pas partagée par tous les Etats, elle dépend essentiellement du système d'imposition. La plupart des Etats membres de l'Union, connaissent le principe de la mondialité de l'impôt qui assujettit une société au lieu de sa résidence fiscale¹¹⁸⁴. On comprend mieux l'intérêt que peuvent avoir ces Etats de vouloir conserver le siège d'une société plutôt qu'une succursale. De même l'intérêt pour ces Etats de favoriser l'implantation de sièges sociaux sur son territoire et de s'opposer à leurs départs, surtout, lorsqu'il s'agit du siège de dimension internationale¹¹⁸⁵.

¹¹⁸¹ Nous avons pu voir précédemment que lorsque l'opération de transfert de siège statutaire a lieu depuis un Etat tiers à l'Union européenne, elle est considérée comme donnant naissance à un être moral nouveau, ce qui rend exigible les droits afférents aux constitutions des sociétés.

Ce texte a pour but d'éviter les doubles impositions à l'intérieur de l'UE.

cela revoie au problème de reconnaissance, et au problème de survie de la personnalité morale après transfert.

¹¹⁸² L.-H. FAULCON et B. TOULEMONT, « La société européenne recherche toujours sa fiscalité », *op. cit.*, 20. C'est ce qu'il ressortirait de leurs informations de l'administration fiscale.

¹¹⁸³ Cf. D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, 3e éd., 2012, n° 758 s.

¹¹⁸⁴ Elle est déterminée soit par son siège effectif de direction soit par son siège social.

¹¹⁸⁵ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 431, p. 429.

911. La notion de neutralité fiscale est un atout à la mobilité, même si elle reste soumise à des conditions. Elle a été adoptée dans la perspective de l'adoption dans le droit français du Règlement SE¹¹⁸⁶ et pour corroborer le principe de la liberté d'établissement.

912. Aussi, la constitution d'une SE par voie de fusion, au même titre que la réalisation de fusion entre des sociétés de capitaux, bénéficie d'une neutralité fiscale de l'opération sous certaines conditions.

§ 2 : Les dispositions fiscales applicables à la constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière

913. Les sociétés qui disparaissent suite à une fusion, font l'objet d'une liquidation fiscale. Toutefois, sous certaines conditions, elles peuvent bénéficier d'un report d'imposition sur les actifs transmis à la SE constituée par voie de fusion **(A)**. Elles peuvent également transmettre les pertes réalisées avant la fusion **(B)** pour une imputation transfrontalière des pertes au profit de la SE constituée par voie de fusion.

A) Le report d'imposition sur les actifs transmis à la SE constituée par voie de fusion

914. Une fusion entraîne pour la ou les sociétés qui disparaissent, la cessation de ses activités et sa liquidation fiscale. Cela signifie l'imposition immédiate des bénéfices d'exploitation réalisés depuis la fin du dernier exercice taxé, des bénéfices en sursis d'imposition, et enfin des plus¹¹⁸⁷ ou moins-values réalisées ou constatées à l'occasion de la fusion, compte tenu de la différence entre la valeur réelle et de la valeur nette

¹¹⁸⁶ Règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE). En prévoyant que le siège statutaire de la société européenne puisse être transféré dans un autre Etat membre sans qu'il ne donne lieu à dissolution ou à création d'une personne morale nouvelle, il semblerait que le paragraphe de l'article 8 de ce même règlement a organisé la neutralité juridique de l'opération. Un aménagement du régime fiscal français était donc nécessaire.

En effet même si dans l'arrêt *Daily Mail* (CJCE, 27 septembre 1988, aff. C-81/87, *Daily Mail* : Rec. CJCE 1988, p. 5483), il a été jugé que le transfert du siège social d'un Etat membre vers un autre n'empêchait pas l'Etat d'origine de la société d'en tirer toutes les conséquences fiscales, une telle conception apparaît contraire aux finalités du Règlement ; J.-C. CALISTI, « La mobilité internationale des sociétés : le point de vue du fiscaliste », in *La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars-avril 2006, p. 55.

¹¹⁸⁷ Selon l'article 210 A du Code général des impôts, le traitement fiscal des plus-values réalisées à l'occasion d'une fusion diffère selon que les actifs sont ou non amortissables. La plus-value des actifs amortissables est imposée de façon fractionnée. Pour les actifs non amortissables, tant que la société absorbante ne les cède, la fusion ne produit pas fiscalement des effets. D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., n° 732

comptable des actifs de la société qui disparaît¹¹⁸⁸. Les plus-values sont imposables à la valeur fiscale qu'elles avaient dans la société dissoute¹¹⁸⁹. Toutefois cette dernière ne sera pas immédiatement imposée, si la société absorbante s'engage, dans l'acte de fusion, à respecter les conditions posées par l'article 210 A du Code général des impôts.

915. Lorsque les actifs de la société absorbée sont transférés à une société étrangère, la neutralité fiscale de ces opérations ne peut pas résulter du seul respect des engagements prévus par l'article 210 A du Code général des impôts. En effet, l'article 210 C du Code général des impôts soumet les apports faits à des personnes morales étrangères par des personnes morales immatriculées en France, à la délivrance d'un agrément préalable. Si cet agrément n'est pas demandé, la société immatriculée en France ne pourra pas bénéficier de ce régime spécial. Et, la plus-value constatée à l'occasion de la fusion sera soumise à une imposition immédiate¹¹⁹⁰. En ce qui concerne l'absorption d'une société étrangère par une société française, les conditions de neutralité fiscale du transfert des actifs vers la société absorbante, varie selon la législation locale de la société absorbée.

916. L'article 210 C du Code général des impôts, qui renvoie à l'article 210 B, 3 du Code général des impôts, conditionne l'octroi de l'agrément à la réunion de trois

¹¹⁸⁸ D. GUTMANN, *ibid*, n° 728

Les pertes accumulées par la société ne pouvant plus être reportées et compensées avec des profits futurs. Il faut ajouter à cela le fait que la plus value réalisées par l'actionnaire peut s'exposer à une taxation si ce dernier réside dans un pays taxant les gains en capital, *cf.* D. VAN DEN BULKE, « L'aspect fiscal de la fusion », *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁸⁹ En bref, la valeur comptable et fiscale des biens acquis dans la fusion doivent être identiques à celle préexistante à la fusion, et la société qui les acquièrent doivent être exposés à taxation dans les mêmes conditions que la société (absorbée), D. VAN DEN BULKE, « L'aspect fiscal de la fusion », *op. cit.*, p. 70. Toutefois selon le même auteur, la principe de neutralité n'est pas toujours la solution optimale. « Dans certains cas, les entités fusionnées ont parfois intérêt à ne pas opter pour son application. Tel serait le cas si la société souhaite bénéficier à la fois d'un amortissement de ses actifs sur une base réévaluée et du différentiel de taux d'imposition significatif pouvant exister entre l'État de la société absorbée et celui de la société absorbante. Pour être complet, la neutralité fiscale de l'opération requiert également que les actionnaires puissent éviter l'imposition de la plus-value découverte à l'occasion de l'échange de leur participation dans la société absorbée contre des actions de l'absorbante et que les caractéristiques fiscales connexes aux actifs transférés (réserves taxées et immunisées, capital libéré par exemple) restent acquises et passent du cédant au cessionnaire ».

¹¹⁹⁰ Dans les affaires *Euro Park Service*, l'agrément prévu à l'article 210 C du CGI n'avait pas été demandé par les sociétés concernées. Pour le rapporteur public Y. Egloff, « la société française absorbée par une société luxembourgeoise n'a pas sollicité l'agrément lui permettant de se placer sous le régime spécial, ce qui a conduit le vérificateur à soumettre, à bon droit et pour ce seul motif, à l'imposition immédiate la plus-value constatée à l'occasion de cette fusion ». La cour administrative d'appel de Paris a suivi son rapporteur public en jugeant « que, dès lors qu'il est constant que la SCI Cairnbulg Rognac n'a pas obtenu, ni même sollicité l'agrément susmentionné, l'Administration était fondée, pour ce seul motif, à remettre en cause le bénéfice du régime spécial des fusions dont cette société avait spontanément fait application », A. de Waal et L. Ragot, note sous CAA Paris, 2e ch., 11 avr. 2013, n° 11PA03447, *Sté Euro Park Service*, « Fusion transfrontalière : le défaut de demande d'agrément (CGI, art. 210 C) suffit-il à remettre en cause le bénéfice du régime spécial des fusions ? », *Droit fiscal* n° 16, 17 Avril 2014, comm. 276

conditions. « L'agrément est délivré lorsque, compte tenu des éléments faisant l'objet de l'apport : a) l'opération est justifiée par un motif économique, se traduisant notamment par l'exercice par la société bénéficiaire de l'apport d'une activité autonome ou l'amélioration des structures ainsi que par une association entre les parties ; b) l'opération n'a pas comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales ; c) les modalités de l'opération permettent d'assurer l'imposition future des plus-values mises en sursis d'imposition ». Le rôle de l'administration fiscale se borne à constater si oui ou non les conditions susmentionnées sont bien cumulativement réunies et à octroyer (ou non) son agrément¹¹⁹¹. En pratique, il n'est accordé qu'à la condition de la constitution d'un établissement stable en France. La société absorbante reprenant à son bilan l'ensemble des éléments d'actifs de la société française absorbée, qui est ainsi subordonnée à la souscription des engagements respectés par l'établissement stable¹¹⁹².

917. Ces dispositions résultent de la clause de sauvegarde (ou anti-abus) prévue par l'article 11-1 de la directive 90/434/CE. Cette clause permet aux Etats membres de ne pas accorder un report d'imposition¹¹⁹³.

918. La CJUE a eu l'occasion d'être interrogée sur l'adéquation d'une législation nationale anti-abus avec la jurisprudence de la CJUE en matière de liberté d'établissement

¹¹⁹¹ A. DE WAAL et L. RAGOT, « Fusion transfrontalière : le défaut de demande d'agrément (CGI, art. 210 C) suffit-il à remettre en cause le bénéfice du régime spécial des fusions ? », *Droit fiscal* n° 16, 17 Avril 2014, comm. 276

¹¹⁹² E. RAINGEARD DE LA BLETIERE « Droit de l'Union européenne et sécurité fiscale : garant ou « trouble-fête » ? », *Droit fiscal* n° 18-19, 2 Mai 2013, 272, n° 5. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 317, p. 341. Les enjeux fiscaux, P.-P. BRUNEAU, N. LENOIR, et M. MENJUCQ, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », *Droit et patrimoine*, n° 163, octobre 2007, 62 et s.

La notion d'établissement stable n'est pas défini par la directive. Et comme le fait remarquer D. VAN DEN BULKE, la définition de cette notion donnée en droit interne peut s'avérer plus généreuse que celle prévue dans les conventions préventives de la double imposition, cf. D. VAN DEN BULKE, « L'aspect fiscal de la fusion », op. cit., p. 70.

¹¹⁹³ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 317, p. 340.

Dans les premiers temps, l'imprécision des conditions de l'octroi de l'agrément rendait la transposition peu conforme à la directive (Ph. DEROUIN et G. LADREYT, « L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions des sociétés et opérations assimilées à la directive du 23 juillet 1990 », *Dr. Fisc.*, 1992, n° 5, p. 224). La CJUE par un arrêt en date du 17 juillet 1997 (CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-28/95, *Leur-Bloem c/ Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*), a condamné cette position en affirmant que la possibilité pour l'autorité de l'Etat en cause d'accorder un agrément de manière discrétionnaire est contraire au principe de proportionnalité et va « au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter une fraude ou une évasion », M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 318, p. 340.

Finalement selon l'article 210 B 3 du Code général des impôts, l'agrément est accordé, si la fraude ou l'évasion fiscale n'est pas l'objectif principal ou un de ses objectifs principaux, et que les modalités de l'opération permettent l'imposition future des plus values placées en sursis d'imposition.

dans l'arrêt *Cadbury-Schweppes*¹¹⁹⁴. En effet, le problème soulevé ici était de savoir si la législation anglaise anti-abus constituait une entrave illégitime au principe de liberté d'établissement.

919. De la décision *Cadbury-Schweppes*, on peut retenir trois choses¹¹⁹⁵. D'une part, en elle-même, l'habilité fiscale n'a rien de condamnable, on ne peut donc reprocher à une société de choisir de s'implanter dans un Etat fiscalement plus compétitif¹¹⁹⁶. D'autre part, si les législations générales anti-abus sont par principe incompatibles avec le principe de liberté d'établissement, les Etats peuvent en prévoir. Enfin, leur mise en œuvre doit seulement faire échec aux montages purement artificiels destinés à éluder les impositions nationales¹¹⁹⁷. En somme, la société nouvellement implantée doit être dotée d'une réelle substance économique et exercer véritablement une activité. On ne doit pas être en présence d'une coquille vide. Par conséquent la limite au principe de liberté d'établissement est le montage purement artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale nationale, à l'exclusion des présomptions générales d'évasion fiscale¹¹⁹⁸.

920. Finalement c'est une simple application de la théorie de la fraude à la loi¹¹⁹⁹. En effet, selon le conseil d'Etat la théorie française de l'abus de droit est le « parfait décalque » de la théorie de la fraude à la loi telle qu'elle a été explicitée par la jurisprudence de la CJUE¹²⁰⁰. Cependant, en réalité, la définition donnée à l'abus de droit

¹¹⁹⁴ CJCE, grande chambre, 12 septembre 2006, *JCP éd. E*, 2006, p. 2769, note B. BOUTEMY et E. MEIER.

¹¹⁹⁵ M. COZIAN, *Precis de fiscalité des entreprises*, Litec fiscal, 31^e édition, 2007-2008.

¹¹⁹⁶ En l'occurrence, on ne peut reprocher à une société d'implanter une filiale dans un Etat donné uniquement parce que le taux de l'IS y est plus faible.

¹¹⁹⁷ Finalement c'est une simple application de la théorie de la fraude à la loi.

¹¹⁹⁸ CJCE, *gde ch.*, 12 sept. 2006, affaire C-196/04, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas* : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 7995, point 65

¹¹⁹⁹ Concrètement, la question posée dans l'affaire traitée par la CJUE, était de savoir si la filiale implantée à Dublin était ou non dotée d'une réelle substance économique, et si elle y exerçait ou non une véritable activité financière avec un minimum de structure locale, ou si on est en présence d'une coquille vide comme dans l'affaire *Sagal* (Conseil d'Etat, 18 05 2005, *Dr. Fisc.*, 2005, n° 44-45, comm. 726, concl P. Collin).

Précisons seulement que pour la CJUE, c'est à la société britannique d'apporter de prouver la réalité de l'implantation de sa filiale en Irlande, puisqu'elle est la mieux placée pour le savoir.

¹²⁰⁰ Réponse donnée lors de l'affaire *Sagal*, qui faisait valoir que le recours à la théorie de l'abus de droit constituait une entrave illégitime à l'application du principe de liberté d'établissement.

Conseil d'Etat, 18 05 2005, *Dr. Fisc.*, 2005, n° 44-45, comm. 726, concl P. COLLIN.

En l'espèce, il s'agissait d'un montage purement artificiel car les motivations étant exclusivement fiscales. En effet, la *holding* fonctionnait comme une coquille vide sans aucune substance économique, la gestion était assurée par une filiale du groupe luxembourgeois installé dans les îles Caïmen, le montage était donc artificiel.

Le montage répondait à des motivations exclusivement fiscales car comme l'avait prouvé l'administration française, la rentabilité financière de ce type de placement n'était pas plus élevée au Luxembourg qu'en France.

par la jurisprudence française est proche de celle donnée par le juge en matière de TVA, même si il existe encore de sa part une incertitude quand à sa définition, ainsi qu'au but fiscal poursuivi à retenir pour qu'une opération puisse être constitutive d'abus de droit¹²⁰¹.

921. Depuis la modification de l'article L 64 du Livre des procédures fiscales par la loi de finances rectificative de 2008, la définition légale de l'abus de droit a rejoint celle donnée par la jurisprudence française, en retenant deux principaux critères alternatifs, la fictivité juridique et la fraude à la loi¹²⁰². Cette disposition met fin au décalage qui existait entre ces deux définitions. Il contribuait à alimenter un sentiment d'insécurité juridique tant pour les contribuables français que pour les investisseurs étrangers, (sans compter les doutes que font naître la jurisprudence, en ce qu'elle ne semble pas totalement stabilisée)¹²⁰³.

922. Le premier critère est constitué par la différence objective existant entre la réalité économique et l'apparence juridique créée par l'acte en cause ; l'opération litigieuse a pour but essentiel l'obtention d'un avantage fiscal. Le second critère est la fraude à la loi, elle est souvent résumée comme la recherche d'un but exclusivement

¹²⁰¹ C'est l'arrêt *Halifax* du 21 02 2006 (CJCE, 21 février 2006, aff. C-255/02, *Halifax, Dr. Fisc.*, 2006, n° 16, étude 16) qui a semé le trouble. En effet, selon la CJUE (la grande chambre), pour qu'une pratique abusive soit constatée, il faut « d'une part que, malgré l'application formelle des conditions prévues par la législation, les opérations aient pour résultat l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi serait contraire à l'objectif de ces dispositions » ; « d'autre part, que les opérations aient pour but essentiel l'obtention d'un avantage fiscal, l'interdiction de pratique abusives n'étant pas pertinente lorsque les opérations en cause sont susceptibles d'avoir une justification autre que la simple obtention d'avantages fiscaux » ; « Aménagement de la procédure de répression des abus de droit », Etude par Rédaction D.O., *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2009, dossier 5.

Cette solution a semé le trouble parce qu'elle a donné lieu à deux interprétations contradictoires. En effet, la CJUE a retenu le critère du but essentiellement fiscal de l'opération dans une décision en date du 21 02 2008 (CJCE, 2^e ch., 21 février 2008, aff. C-425/06, *Part Srl, Dr. Fisc.*, 2008, n° 23, comm. 366, note O. FOUQUET), et dans une décision, en date du 21 05 2008, elle s'est fondée sur le but exclusivement fiscale de l'opération (CJCE, 3^e ch., 21 mai 2008, aff. C-162/07, *Ampliascintifica, Dr. Fisc.*, 2008, n° 24, comm. 184, note O. FOUQUET).

¹²⁰² Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 64 du livre des procédures fiscales, « afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

¹²⁰³ « Aménagement de la procédure de répression des abus de droit », Etude par Rédaction D.O., *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2009, dossier 5.

« Rappeler une définition claire et précise en la matière [contribue] fortement à une amélioration de la sécurité juridique en France et à l'égard des investissements étrangers », proposition 34 du rapport Fouquet, *Dr. Fisc.*, 2008, n° 27, étude 403, n° 53 et 54.

fiscal ; une opération est montée dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal en détournant la finalité des dispositions utilisées¹²⁰⁴.

923. Toutefois, ces éléments ne rendent pas l'opération plus sûre pour autant. En effet, l'article 210 C du Code général des impôts prévoit seulement que la demande d'agrément soit déposée avant le transfert de l'actif à la société absorbante. Aucun délai n'est fixé au contribuable ou à l'administration fiscale¹²⁰⁵. Ainsi même si les conditions de l'obtention de l'agrément sont compatibles avec le droit de l'Union européenne, il reste encore des zones d'ombres¹²⁰⁶.

924. Sous certaines conditions, les sociétés qui disparaissent suite à la constitution d'une SE par voie de fusion, peuvent transmettre les pertes réalisées avant l'opération.

B) La transmission des pertes à une société à l'occasion d'une fusion

925. La société qui disparaît suite à une fusion ne peut pas reporter ses déficits puisqu'il n'y a plus de bénéfices futurs sur lesquels imputer les déficits antérieurs à la fusion¹²⁰⁷. Dans le droit interne français, les déficits antérieurs à la fusion peuvent être transférés dans leur intégralité à la société absorbante si la société absorbée obtient au

¹²⁰⁴ Dès le début des années 80, la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, a élargi la définition légale d'abus de droit en ajoutant un critère alternatif à celui déjà existant.

Contrairement au premier critère (qui se déduit de l'ancien article L 64 du Livre de procédures fiscales), il n'y a pas simulation car les actes passés sont réels ; mais le montage juridique est artificiel et contre nature, et il ne s'explique que par la volonté de contourner une règle fiscale contraignante, M. COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, Document 2, § 37 et s. ; « Aménagement de la procédure de répression des abus de droit », Etude par Rédaction D.O., *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2009, dossier 5.

Cette acception de la fraude à la loi tranche avec les hésitations, liées à la jurisprudence, sur le caractère exclusif ou essentiel du but fiscal recherché, « Aménagement de la procédure de répression des abus de droit », Etude par Rédaction D.O., *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2009, dossier 5.

¹²⁰⁵ De même, « la rupture des engagements (ou plutôt devrions-nous dire des conditions) prévus dans l'agrément engendre, selon l'article 1649 nonies A du Code général des impôts, une déchéance rétroactive de l'agrément. Néanmoins, les effets peuvent être limités par le ministre chargé de l'Économie et des Finances... Dans quelles conditions ? Dans quelle mesure ? Aucun texte ne le précise », E. RAINGEARD DE LA BLETIERE, « Droit de l'Union européenne et sécurité fiscale : garant ou « trouble-fête » ? », op. cit., n° 5.

¹²⁰⁶ E. Raingeard de la Blétière, *ibid.*, n° 5 et s.

De même, « la rupture des engagements (ou plutôt devrions-nous dire des conditions) prévus dans l'agrément engendre, selon l'article 1649 nonies A du Code général des impôts, une déchéance rétroactive de l'agrément. Néanmoins, les effets peuvent être limités par le ministre chargé de l'Économie et des Finances... Dans quelles conditions ? Dans quelle mesure ? Aucun texte ne le précise ».

¹²⁰⁷ D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires op. cit.*, n° 728

préalable l'agrément. Les conditions d'obtention de cet agrément sont fournies par l'article 209, II du Code général des impôts¹²⁰⁸.

926. Le transfert des pertes à l'occasion d'une fusion transfrontalière est également admis dans les mêmes conditions précitées. Selon la CJUE, le refus du transfert des déficits dans les seules situations transfrontalières est une différence de traitement de nature à dissuader un ressortissant d'un État membre d'aller s'établir dans un autre État membre. Cette affirmation est tirée de l'arrêt *A Oy*¹²⁰⁹. En effet, la CJUE a jugé que « les articles 49 TFUE et 54 TFUE ne s'opposent pas à une législation nationale qui exclut la possibilité pour une société mère qui fusionne avec une filiale établie dans un autre État membre, et qui a cessé son activité, de déduire de son revenu imposable les pertes subies par cette filiale au titre des exercices antérieurs à la fusion, alors que cette législation nationale accorde une telle possibilité lorsque la fusion est réalisée avec une filiale résidente. Une telle législation est néanmoins incompatible avec le droit de l'Union européenne si elle n'offre pas à la société mère la possibilité de démontrer que sa filiale non-résidente a épuisé les possibilités de prise en compte de ces pertes et qu'il n'existe pas de possibilités qu'elles puissent être prises en compte dans son État de résidence au titre des exercices futurs soit par elle-même, soit par un tiers »¹²¹⁰.

927. Cela signifie que la jurisprudence *Marks & Spencer* n'est pas remise en cause. Une restriction à la liberté d'établissement reste justifiée pour la préservation de la répartition du pouvoir d'imposer entre les États membres, le risque de double emploi des pertes et celui d'évasion fiscale. Seulement, à l'occasion d'une fusion la société absorbée disparaît. Le droit de l'Union européenne s'oppose au double emploi fiscal des pertes mais il n'en exige pas moins que les pertes puissent être utilisées au moins une fois¹²¹¹.

¹²⁰⁸ Selon l'article 209, II du Code général des impôts, « l'agrément est délivré lorsque : a. L'opération est justifiée du point de vue économique et obéit à des motivations principales autres que fiscales ; b) L'activité à l'origine des déficits ou des intérêts dont le transfert est demandé n'a pas fait l'objet par la société absorbée ou apporteuse, pendant la période au titre de laquelle ces déficits et ces intérêts ont été constatés, de changement significatif, notamment en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité ; c) L'activité à l'origine des déficits ou des intérêts dont le transfert est demandé est poursuivie par la ou les sociétés absorbantes ou bénéficiaires des apports pendant un délai minimal de trois ans, sans faire l'objet, pendant cette période, de changement significatif, notamment en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité ; d) Les déficits et intérêts susceptibles d'être transférés ne proviennent ni de la gestion d'un patrimoine mobilier par des sociétés dont l'actif est principalement composé de participations financières dans d'autres sociétés ou groupements assimilés ni de la gestion d'un patrimoine immobilier ».

¹²⁰⁹ Pour un résumé de l'affaire, voir E. RAINGEARD DE LA BLETIERE, « Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2013 », *Droit fiscal* n° 10, 6 Mars 2014, 196, n° 2.

¹²¹⁰ CJUE, *A Oy*, 4e ch., 21 févr. 2013, affaire C-123/11, point 56.

¹²¹¹ D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, 3e éd., 2012, n° 815.

Les pertes réalisées par celle-ci doivent donc pouvoir être transmises à la société étrangère puisqu'elles deviennent inutilisables dans son lieu d'immatriculation du fait de la disparition de la société absorbée¹²¹².

Conclusion du Chapitre II

928. Le dépassement des problèmes juridiques en matière de fusion transfrontalière et de transfert de siège social est limité si les Etats ne résolvent pas les problèmes fiscaux attachés à ses opérations. Le Règlement SE et la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, y ont ensemble remédié¹²¹³. La neutralité fiscale est une avancée non négligeable, puisqu'une opération de fusion engendre des charges fiscales qui lorsqu'elles sont immédiatement exigibles, deviennent souvent économiquement rédhibitoires¹²¹⁴. Toutefois, afin que ce principe s'applique, elles doivent rester imposables dans la nouvelle société ou dans la société absorbante. Ainsi, on assiste à un report d'imposition. En effet, la nouvelle société ou la société absorbante poursuit les droits et obligations fiscaux de la société apporteuse¹²¹⁵.

De même, afin de se conformer au Règlement SE, la France a intégré dans sa législation des dispositions fiscales permettant d'assurer la neutralité du transfert du siège social d'une SE dans un autre Etat membre. En effet, le transfert de siège social d'une

¹²¹² E. RAINGEARD DE LA BLETIERE, « Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2013 », *Droit fiscal* n° 10, 6 Mars 2014, 196, n° 3.

¹²¹³ Il serait inexact de dire que tous les éléments touchant à la fiscalité ont été réglés. En effet, d'autres facteurs entrent en compte en matière de mobilité des sociétés, « tels qu'une approche commune de l'allocation des profits des entreprises (prix de transfert), la mise en place d'un système homogène de compensation de pertes transfrontalières, l'alignement des traitements fiscaux des régimes de crédit et d'imputation d'impôt des entités domestiques et d'autres Etats membres de l'Union européenne, voire la limitation des effets négatifs de la TVA sur les entreprises qui intègrent leurs activités opérationnelles et de gestion », D. VAN DEN BULKE, « L'aspect fiscal de la fusion », *op. cit.*, p. 70.

¹²¹⁴ D. VAN DEN BULKE, « L'aspect fiscal de la fusion », *op. cit.*, p. 70.

A ce propos, l'auteur précise que « si l'opération d'échange d'actions ou d'apport n'est pas rémunérée par l'acquéreur, les entreprises et leurs actionnaires sont rarement à même de financer la trésorerie requise pour s'acquitter de ces dettes fiscales alors que l'opération ne dégage aucun profit immédiat ».

¹²¹⁵ Qu'il s'agisse d'une fusion-absorption ou d'une fusion avec création d'une société nouvelle, le régime applicable est le même. La fusion-absorption est la formule la plus fréquente, aussi nous raisonnons souvent en ces termes.

société immatriculée en France dans un autre Etat membre, n'encourt plus les conséquences de la cessation d'entreprise. Toutefois, afin de bénéficier de cette neutralité fiscale, la société doit conserver un établissement stable en France (qui lui reste imposable en vertu du principe de territorialité).

929. Pour autant, les salariés ne sont pas sacrifiés au profit des intérêts des entreprises. Le volet social de la SE fait l'objet d'une directive. Ainsi tout en organisant la protection des salariés, les Etats membres peuvent préserver leurs particularités nationales. De plus ces mesures sociales ne doivent pas être perçues comme un handicap. En effet, bien que la négociation soit la voie privilégiée, les modalités d'implication des salariés peuvent être régies à titre subsidiaire soit par les dispositions de référence si le délai des négociations a pris fin ou que les parties à l'accord veulent volontairement faire appliquer les dites dispositions de référence, soit par la loi national du lieu où la SE emploie des salariés si les parties à la négociation rejettent toute forme d'accord ou y mettent fin.

Conclusion du Titre II

930. Le fonctionnement de la SE est principalement renvoyé aux droits des Etats membres. En raison des renvois vers le droit national des Etats membres, leurs coopérations sont essentielles pour l'intégration de la SE dans leurs législations. D'ailleurs ces renvois sont l'occasion pour chacun d'eux de faire de leur territoire un lieu de prédilection de la SE. A ce titre, la France en a profité pour opter pour un régime proche de la SAS pour ce qui est des relations entre actionnaires dans les SE ne faisant pas appel public à l'épargne. Même si le fonctionnement de la SE ressemble beaucoup à celui de la SA.

931. Les dispositions sociales et fiscales de la SE ne sont pas prévues par le Règlement SE. En revanche, des directives européennes ont été adoptées afin d'accompagner ce Règlement et de le rendre utile pour les entreprises tout en ayant un impact minime sur les salariés des entreprises concernées. A partir de ces directives, les Etats membres ont adoptées des mesures dans leurs législations, tout en conservant leurs particularités nationales.

Conclusion de Partie II

932. L'adoption du Règlement SE, et l'existence de la SE ne sont dues qu'à l'utilisation de règles matérielles et de renvois vers les législations nationales de la SA. C'est pourquoi, la SE est rattachée à un ordre juridique européen et à l'Etat membre de son lieu d'immatriculation. Ces renvois sont possibles car une harmonisation de la législation de la SA a été faite en amont.

933. Ces renvois conduisent à préciser les critères de rattachement de la SE à un Etat. Contrairement aux sociétés nationales, la SE doit conserver l'unité de son siège social dans un même Etat. Cela peut sembler paradoxale au regard de la jurisprudence de la CJUE. En effet, une société de droit national peut n'exercer aucune activité dans l'Etat membre d'immatriculation, et immatriculer une succursale dans un autre Etat membre, afin d'y exercer son activité. Hormis les cas d'abus ou de fraude, les sociétés sont régies par le droit de l'Etat de constitution.

934. Pourtant selon cette même jurisprudence, un Etat membre est libre de fixer les critères de rattachement d'une société à son ordre juridique. Et, le transfert de siège social d'une société désirant conserver son rattachement à son Etat d'origine, obéit aux règles fixées par ce même Etat. Une SE est rattachée à titre subsidiaire à un Etat, et à titre principal au Règlement SE. La SE doit donc respecter les critères de rattachement fixées par le Règlement.

935. Ce rattachement même subsidiaire de la SE à un Etat, permet d'identifier la loi applicable chaque fois que le Règlement SE fait un renvoi vers le droit national. Ce renvoi peut être plus ou moins important selon la difficulté posée.

936. De même, en n'imposant pas aux Etats membres mais en passant par la voie de la Directive, ces Etats peuvent adapter selon leurs traditions le volet social attaché à la SE dans leurs législations. D'ailleurs, une procédure similaire a été transposée aux opérations de fusions transfrontalières et au projet transfert de siège, mettant en cause des formes nationales de sociétés. Par conséquent, quelque soit la forme sociale choisie pour opérer à une opération de restructuration transnationale, on ne peut pas échapper à

l'implication des salariés. Et en ce sens la SE est porteuse d'une généralisation de la mobilité transfrontalière du siège des entreprises.

937. La Directive relative à l'implication des travailleurs dans la SE s'inspire de directives antérieures. Néanmoins, elle a donné l'impulsion à la création de la directive générale relative à l'information et la consultation du 11 mars 2002, qui a pour but de promouvoir l'implication des travailleurs dans l'activité des entreprises, en répondant aux exigences d'information et de consultation des travailleurs¹²¹⁶. En revanche l'idée de participation a mis plus de temps à s'imposer¹²¹⁷. La Directive relative à l'implication des salariés a finalement été adoptée en dépit de la participation des salariés tant redoutée, notamment grâce au principe « avant-après ». Elle garantit les droits acquis des salariés, sans « exporter »¹²¹⁸ la participation là où elle n'existait pas.

938. Par ailleurs puisque le Règlement ne prévoit pas de mesures fiscales, plusieurs directives européennes ont été adoptées afin de rendre la fusion transfrontalière et le transfert de siège social neutre fiscalement. Cette notion de neutralité qui existe dans le régime fiscal de la fusion, est la même que celle employée dans le régime fiscal du transfert de siège social¹²¹⁹. Ces mesures permettent de rendre effectif l'outil de restructuration qu'est le Règlement SE, tout en permettant aux Etats membres d'en organiser les modalités.

939. Les travaux relatifs au Règlement SE ont permis de faire avancer la législation européenne en matière de mobilité des sociétés, nécessaire à l'appréhension du marché

¹²¹⁶ « Cette directive entraîne des évolutions importantes dans les nouveaux Etats membres pour lesquels la notion d'information et consultation n'avait souvent pas grand sens. En revanche, elle a évidemment peu d'effet pour les entreprises établies en France » ; H. TISSANDIER, « La mobilité internationale des sociétés : le point du vue du travailleur », op. cit., p. 48.

De même, la directive 94/45/CE du 22 septembre 1994 relative au comité d'entreprise européen, prévoient également des droits d'information et de consultation.

¹²¹⁷ A titre d'exemple, afin de débloquent la situation avec l'Espagne opposé à une des mesures qui imposait l'application des dispositions de référence, dès lors que 25 % des salariés des sociétés participant à la constitution d'une SE par voie de fusion, bénéficiaient d'un régime de participation au sein de leur société d'origine, sauf décision contraire à une majorité des deux tiers dans au moins deux Etats membres. Aussi, afin de débloquent la solution, une mesure permet à un Etat membre de ne pas transposer dans sa législation, la disposition selon laquelle lorsque 25% des salariés.

¹²¹⁸ Considérant 17 de la directive.

¹²¹⁹ Les conditions de la neutralité fiscale du transfert est calqué sur le régime fiscal de la fusion.

Nous verrons que parmi les conditions qui donnent droit à la neutralité fiscale dans l'opération de fusion, l'opération doit être justifiée par un motif économique et les modalités de l'opération doivent permettre l'imposition future des plus values placées en sursis d'imposition.

Voir supra.

intérieur. Toutefois, ces avancées resteront incomplètes tant qu'il n'existera pas une fiscalité commune¹²²⁰.

¹²²⁰ Dans l'hypothèse où serait mise en place une assiette commune consolidée d'impôt sur les sociétés. Cependant, cet avantage n'est toujours pas d'actualité, l'élaboration d'une telle assiette reste pour l'instant à l'état de projet au niveau de la Commission européenne, *cf.* C. CHABTINI, « Réflexions sur la société européenne : propositions d'amélioration et évolution de son statut », *op. cit.*, p. 4 s. La question a été posée de savoir si la SE pouvait « constituer un champ d'expérimentation » pour tester une assiette fiscale harmonisée dans l'Union européenne, *cf.* J. Malherbe, « Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses prêteurs, in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, PUF, 2007, p.95, spéc. p. 136. Mais encore aujourd'hui il est trop tôt pour le dire.

BIBLIOGRAPHIE

I Ouvrages généraux et spécialisés

H. BARDET, A. BEETSCHEN, A. CHARVERIAT et B. GOUTHIERE, *Les holdings*, Francis Lefebvre, 4^e édition, 2007

BATTIFOL H. et LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, tome 1, LGDJ, 8^e éd., 1993, n° 318 et s.

BATTIFFOL H. et LAGARDE P., *Droit international privé*, t. 1, LGDJ 1993, n° 197-1 ;

BEGUIN J. et MENJUCQ M., (sous la direction de), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005

BOY L., *Droit économique, Volume 1 : cours*, Hermes, 2002

CAUSSAIN J.-J., *Le directoire et le conseil de surveillance de la société anonyme*, Litec, 2002

CAUZIAN M., GAUDEL P.-J., *La comptabilité racontée aux juristes*, Litec fiscal, 2006

COLOMBANI J.-L. et FAVERO M., *Societas Europea, La société européenne (SE)*, éd Joly, 2002

CORDIER B., *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, LGDJ, 1988

COTIGA A., *Le droit européen des sociétés, compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, Larcier, 2013

FARJAT G., *Pour un droit économique*, Puf, 2004

GOLDMAN B., LYON CAEN A., VOGEL L., *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 5 éd., 1994

D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, 3e éd., 2012

HAMEL, LAGARDE P. et JAUFFRET , *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2 par G. Lagarde, Dalloz, 1981

HOPT K., MENJUCQ M., et WYMEERSCH E., (éd.), *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003.

LECOURT B., *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, LGDJ, 2000

LEVY L., *La nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984

LOUSSOUARN Y. et BREDIN J.-D., *Droit du commerce international*, Dalloz 1969, n° 273

LOUSSOUARN Y. et TROCHU, « Conflits de loi en matières de sociétés », *J.-Cl. Dr. Int. Com.*, Fasc. 564-C

MASQUEFA C., *La restructuration*, LGDJ, 2000

MASTRULLO Th., *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2009,

MAYER P. et HEUZE V., *Droit international privé*, Précis Domat, Montchrestien, 9^e éd., 2007,

MENJUCQ M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997

MENJUCQ M., *Droit international et européen des sociétés*, Précis Domat, Montchrestien, 3^e éd., 2011

MOUSSERON J.-M., RAYNARD J., FABRE R. et PIERRE J.-L., *Droit du commercial international*, , 3^e éd., Litec 2003

PIRONON V., *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, 2004.

RODIERE P., *Droit social de l'union européenne*, LGDJ, 2^e éd, 2002

SCHMIDT D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly

SYNVET H., *L'organisation juridique du groupe international de sociétés (Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale)*, thèse Rennes, 1949

VERNIMMEN P., QUIRY P.-I. et LE FUR Y., *Finance d'entreprise*, Dalloz Gestion, 2005, 6^e édition

Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de loi en matière de sociétés*, thèse Rennes, 1949

Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 9^e édition 2007

II Articles de doctrine et notes

BALLARINO T., « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement » *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 373

BALLARINO T., note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire, C-411/03, RTDE, 2006, p. 717

BALLIF G., « La société anonyme européenne (SE) et la norme européenne », in *Le droit des sociétés et l'Europe*, n° 54, novembre 1997, *Droit et patrimoine*, p. 50

BARANGER G., note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire C-411/03, *Bull Joly soc.*, 2006, n° 6, p. 771.

BATIFFOL M., « Le changement de nationalité », *Trav. comité français de DIP*, 1969, p. 65.

BAUERREIS J., « Transfert international de siège social au regard du droit communautaire », *Petites affiches*, 2006, n° 164, p. 3

BECKER A., « La multiplication de la société anonyme européenne en Allemagne et au Luxembourg », in *La société européenne, droit et limites aux stratégies internationales de développement des entreprises*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et A. COTIGA, Bruylant, 2013, p. 39

BEGUIN J., « Quel avenir pour la société européenne ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz Puf Editions du juris classeur, 1999, p. 307.

BEGUIN J., « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 859

BEGUIN J., *La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières*, in *Mélanges Ch. Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 21

BEGUIN J., « Le rattachement de la société européenne », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 31

BEGUIN J., « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p.43

BEGUIN J., « L'avènement de la société européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 76

BEITZKE G., « Les conflits de lois en matière de fusions de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *Rev. Crit. DIP*, 1967, p. 1

BERTREL J.-P., « La société européenne entre son passé et son avenir », in *La société européenne, Droit et patrimoine*, n° 125, avril 2004, p. 50.

BISSARA Ph., « L'intérêt social », *Rev. soc.*, 1999, p. 5

BISCHOFF J.-M., « Aspects de droit international privé », in *La société européenne, colloque organisé le 7 février 2002 par le Centre du droit de l'entreprise de l'université Robert Schuman (Strasbourg III) avec la participation de la Quinzaine européenne, Petites affiches*, 2002, n° 76, p. 43

BLANC G., « La société européenne : la pluralité des rattachements en question », *Chron., Doctr., D.*, 2002, n° 12, p. 1052

BLANQUET F., « Droit communautaire des sociétés de capitaux : quelles tendances générales prévisibles à l'aube du 3^e millénaire », *Rev. soc.*, 2000, p. 73

BLANQUET F., « Enfin la société européenne », *Rev. de l'Union européenne*, 2001, p. 65

BLANQUET F., « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. soc.*, 2000, p. 115

BLANQUET F., « Pourquoi créer une société européenne », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 6

BLANQUET F., « Présentation du règlement sur le statut de la société européenne, in *La société européenne*, supplément au numéro 87 du 18 septembre 2003, *Liaisons sociales Europe*, p. 10.

BOLZE C., « Proposition modifiée du règl CEE du Cons portant statut de la sté européenne, présentée par la Comm le 16 mai 1991, JOCE, C. 176 du 8 juill 1991. 1 (Document Com. [90] 174 final SYN 218) », *RTD com.*, 1991, p. 734

BOUCAYA E. et DE MOIDREY P. (table ronde), « Fusions transfrontalières, l'apport de la nouvelle directive », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, novembre-décembre 2006, p. 9

BOUCOBZA X., « Les techniques de réglementation favorisant la mobilité des sociétés », in *La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars avril, 2006, p. 23

BOUCOURECHLIEV J., « Les voies de l'Europe des sociétés », *JCP éd. E*, 1996, n° 22, p. 560

BOUERE J.-P., « Réflexions sur le projet de Société européenne et les fusions intracommunautaires (1^{re} partie) », *Petites affiches*, 31 05 1993, n° 65, p. 4.

BROUILLAUD J.-P., « La SAE : la « société approximativement européenne » », *JCP éd. E*, n° 3, 2007, 1100, p. 39

BRUNEAU P., « Fusions franco-britanniques, les substituts juridiques et fiscaux en l'absence d'une société européenne supranationale », *Gaz. Pal.* 27 au 29 octobre 1991

CALISTI J.-C., « La mobilité internationale des sociétés : le point de vue du fiscaliste », in *La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars-avril 2006, p.55

CATHALA Th., GLEICHMANN K., « Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés européennes », *Rev. soc.*, 1972, p. 7

CATHIARD C., « La société européenne en droit français, 1^{re} partie : les modalités de constitution d'une SE en vue de son immatriculation en France », *Droit des sociétés*, décembre 2005, p. 7

CATHIARD C., « Les atouts de la SE », *Bull. Joly*, 2007, p. 539.

CATHIARD C., « La mobilité des sociétés dans l'UE », in *La société européenne, droit et limites aux stratégies internationales de développement des entreprises*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et A. COTIGA, Bruylant, 2013, p. 95.

CAUSSAIN J.-J., « Fusions transfrontalières », *JCP éd. E*, n°21, 1999, p. 897

CAUSSAIN J.-J., DEBOISSY F. et WICKER G., « Droit des sociétés, chroniques », *JCP éd. G*, n° 29, 20 juillet 2005, I, 156

CAUSSAIN J.-J., « Les organes sociaux de la SE «à la française» », in *Société européenne, Journal des sociétés*, n° 28, janvier 2006, p. 48

CHABTINI C., « Réflexions sur la société européenne : propositions d'amélioration et évolution de son statut », *Petites affiches*, 14 11 2007, p. 4

CHAMPAUD Cl., « Distinction passif social et déficit d'exploitation », *RTD com.*, 1967, p. 791

CHAMPAUD Cl., « Dissolution pour perte des $\frac{3}{4}$ du capital social/Introduction légale de la notion d'actif net », *RTD com.*, 1969, p. 506

CHAMPAUD Cl., « Actif net inférieur au quart du capital social-Réévaluation d'éléments d'actifs permettant de rétablir le rapport minimum », *RTD com.*, 1976, p. 120

CHAMPAUD Cl., D. DANET, note sous CA Paris, 7 juin 2006, *Elias c/ Directeur des services fiscaux de la Côte d'Or*, *RTD com.*, 2007, p. 390

CHAMPAUD CL., « Qu'est-ce qu'un avantage juridique ? », in *Les stratégies juridiques des entreprises*, sous la direction de A. Masson, Larcier, 2009, p. 77

COIPEL M., « La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne », *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruylant, 2005, p. 19

COLLIN F., DOM J.-P. et PAROT J.-C., « La société européenne », *Actes pratiques sociétés éditions du juris-classeur*, mai juin 2002, p. 5

CONSTANTIN A., *L'intérêt social : quel intérêt ?*, *Mélanges B. Mercadal*, F. Lefebvre 2002, p. 317

CONSTANTIN A., La tyrannie des faibles – De l'abus de minorité en droit des sociétés, *in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213.

CORNUT E., « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *Journal du droit international*, n° 1, janvier 2007, doct. 2 ;

COTIGA A., BEN LAKHDAR Ch. et CAUCHIE G., « La société européenne (SE) : un potentiel de stratégies juridiques salué par les marchés financiers, *in La société européenne, droit et limites aux stratégies internationales de développement des entreprises*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et A. COTIGA, Bruylant, 2013, p. 129

COURET A., « Les techniques de constitution de la SE », *in La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 17.

DAMMANN R., note sous CJCE 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire C-411/03, JCP, éd. E, n° 29, 2006, 2116

DAMMANN R., « Mobilité des sociétés et localisation des actifs », *in La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars avril 2006, p. 41

DE CORDT Y., « Le fonctionnement de la société européenne », *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 123

DEROUIN Ph. et LADREYT G., « L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions des sociétés et opérations assimilées à la directive du 23 juillet 1990 », *Dr. Fisc.*, 1992, n° 5, p. 224

DE WAAL A. et RAGOT L., « Fusion transfrontalière : le défaut de demande d'agrément (CGI, art. 210 C) suffit-il à remettre en cause le bénéfice du régime spécial des fusions ? », *Droit fiscal* n° 16, 17 Avril 2014, comm. 276

DOM J.-Ph., note sous, CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, *Bull Joly soc*, 1999, n° 6, p. 705

DOM J.- Ph., note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, *Rev. soc.*, 2003, p. 315

DOM J.-Ph., note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *Rev. soc.*, 2004, p. 135

DOM J.-Ph., « La société européenne-Aspects de droit des sociétés », *in La société européenne entre son passé et son avenir, Droit et patrimoine*, n° 125, avril 2004, p. 77

DOM J-Ph., « Holding animatrice : une notion unifiée par la cour de cassation », *Rev. soc.*, 2005, p. 877

DOM J.-P., « Le droit des contrats au service de l'animation effective d'un groupe de sociétés », in *La société holding animatrice, Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n° 6, p. 43

DU MOTTAY O. et FAGES F., « Société européenne et fusions transfrontalières », in *Société européenne, Droit et patrimoine*, n° 163, octobre 2007, p. 77

DUPLAT M. et LAMBRECHT Ph., « Aspects de droit financier », in *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 167

DUTOUR B., « Societas Europea, Analyse de la dernière proposition modifiée de la Commission Européenne concernant le projet de Société Européenne (SE) », *Petites affiches*, 1991, n° 148, p. 24

FAGES F. et MENJUCQ M., « Le transfert communautaire du siège social enfin à la portée des sociétés françaises », *Droit et patrimoine*, 2005, n° 139, p. 34

FAGES F., MENJUCQ M. et VUIDARD L., « L'introduction de la société européenne en droit français : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés », *D.*, 2007, p. 30

FAGES F. et DU MOTTAY O., « La constitution de la SE « à la Française » », in *Société européenne, Journal des sociétés*, n° 28, janvier 2006, p. 31

FAULCON L.-H. et TOULEMONT B., « La société européenne recherche toujours sa fiscalité », *Les nouvelles fiscales*, 2006, p. 20

FIELD B., (table animée et introduite par), « La societates privata europaea », in *Les formes communautaires de sociétés de la SE à la SPE*, *Rev. Lamy droit des aff.*, avril 2009, n° 37, p. 93

FRISON-ROCHE M.-A., « La société européenne », *D.*, 2001, n° 3, interview, p. 290

GAVALDA Ch., « La société anonyme européenne, selon le projet de règlement du 28 août 1989 », *D.*, 1991, p. 23

GLEICHMANN K., « Société européenne et marché commun : nouvelle étude sur la proposition du règlement instituant une société anonyme européen », n° 151, *Petites affiches*, 1986, p. 30

GOFFAUX-CALLEBAUT G., « Le plan d'action de la Commission européenne en droit des sociétés : une approche française », *Bull. Joly soc.*, 2003, p. 997

GOFFAUX-CALLEBAUT G., « La définition de l'intérêt social », *RTD com*, 2004, p. 35

GOULARD N., « Société holding animatrice : fiscalité personnelle et enjeux », in *La société holding animatrice, Cahier de droit de l'entreprise*, n° 6, nov-déc 2006, p. 21

GORE F., « La notion de capital social », in *Etudes offertes à R. Rodiere*, Dalloz, 1981, p. 85

GOYET C., « Présentation du Règlement du Conseil relatif au statut de la société européenne (societas europaea), Aspects de droit international », in *La société européenne, Petites affiches*, 2002, n° 76, p. 23.

GUTMANN D., « La fiscalité de la société européenne : le problème de transfert de siège », in *Société européenne, Journal des sociétés*, n° 28, janvier 2006, p. 42

GUYON Y., « La liberté statutaire et la société européenne », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 245

HEYMANN J., note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire C-411/03, Rev. Crit. DIP 2006, p. 662.

HEYMANN J., « De la loi applicable au transfert de siège social », *Rev. Crit. de DIP*, 2009, p. 548

HOPT K., « L'appréciation globale de la société européenne (societas europaea) », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 255

HOUIN M., « Les sociétés de type européen », *Trav. comité français de DIP*, 1962-1964, p. 19

HOUIN R., « Le régime juridique des sociétés dans la Communauté Economique Européenne », *RTDE*, 1965, p. 11

IDOT L., « La notion d'entreprise », *D.*, 2001, p. 191.

IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *Petites affiches*, 12 décembre 2002, n° 248, p. 27

IDOT L., note sous CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, Affaire C-411/03, Europe n° 2, fév. 2006, comm. 47.

IDOT L., « Transfert du siège social sans changement de loi applicable », *Europe*, n° 2, 2009, comm. 82.

JAZOTTES G., « Le transfert de siège : *statuto quo* ou revirement ? », *Bull Joly soc.*, 2008, n° 10, p. 828.

L. JULIEN-SAINT-AMAND et L. CUILIER, « Bilan et Perspectives, études Ernst and Young », in *La société européenne, droit et limites aux stratégies internationales de développement des entreprises*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et A. COTIGA, Bruylant, 2013, p. 7

JUNG P., « L'aménagement d'une société anonyme en Allemagne », in *La société européenne, droit et limites aux stratégies internationales de développement des*

- entreprises*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et A. COTIGA, Bruylant, 2013, p. 49
- KHAIRALLAH G., note sous Cass. com., 8 juillet 2003, *D.* 2004, p. 692.
- KOVAR R., « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », *D.*, 2009, p. 465
- LAGARDE G., « Propos de commercialiste sur la personnalité morale, Réalité ou réalisme ? », *Etudes offertes à A. Jauffret*, 1974, p. 429
- LAGARDE P., note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Rev. Crit. de DIP*, 2003, p. 508
- LE BRAS W., « Le transfert de siège social des sociétés étrangères en France », *Bull. Joly*, 1983, p. 795.
- LE CANNU P., note sous, CA Paris, 1^{re} ch. A, 18 juin 1986, *Bull Joly*, 1986, n° 9, p. 853
- LE CANNU P., note sous, Cass. com., 2 juillet 1985, *Bull joly*, 01 03 1986, n° 3, p. 374
- LE CANNU P., note sous, Cass. com., 24 février 1987, *Bull Joly soc.*, 1987, n°3, p. 213
- LE CANNU P., « Le décret d'application relatif à la société européenne, *RTD com*, 2006, p. 426
- LECLERCQ P., « La mobilité et le rattachement de la société européenne », in *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 193
- LECOURT A., « La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus », *Droit des sociétés*, n° 10, 1^{er} octobre 2008, p. 806
- LECOURT B., « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », *Rev. soc.*, 2004, p. 223
- LECOURT B., « Adoption de la directive sur les fusions transcommunautaires », *Rev. soc.*, 2005, p. 923
- LECOURT B., « La loi pour la confiance et la modernisation de l'économie introduit la SE en droit français », *Rev. soc.*, 2005, p. 701
- LECOURT B., « Transfert de siège social, nouvel article 221-2 du CGI », *Rev. soc.*, 2005, p. 478
- LECOURT B., « Décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la société européenne », *Rev. soc.*, 2006, p. 439.
- LECOURT B., « Réponses ministérielles », *Rev. soc.*, 2007, p. 195
- LECOURT B., « La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (à propos du retrait de la proposition de règlement) », *Rev. soc.*, 2014, p. 133

- LE GALL J.-P., VIANDIER A., « *Le Dividend Access*, un modèle français, *JCP éd. E.*, 1991, I, p. 103
- LE NABASQUE H., « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du XXème siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 417
- LE NABASQUE H., « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », in *Colloque Gavalda : Incidence des normes européennes sur le droit français des sociétés*, *Rev. soc.* 2005, p. 81.
- LE NABASQUE H., « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. soc.*, p. 493.
- LENCOU D. et MENJUCQ M., « Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes ! », *D.*, 2009, p. 886.
- LENOIR N., « Pourquoi choisir le statut de la société européenne », in *La société européenne, premier bilan et perspectives d'évolution*, *Rev. Lamy droit des aff.*, juin 2007, n° 17, p. 74
- LENOIR N., « L'avenir de la « Societas Europea » », *Journal de droit européen*, février 2008, p. 33
- LENOIR N., (table animée et introduite par), « Les formes communautaires de sociétés : de la SE à la SPE », in *Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe : fusions transfrontalières, SE, SPE*, *Rev. Lamy droit des aff.*, n° 37, avril 2009, p. 86.
- LEPAULLE P., « Nature et méthode du droit international privé », *Journal du droit international*, 1936, p. 284, spéc. p. 311
- LIENHARD A., « Transfert de siège social et droit applicable », CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, n° C-210-06, actualités Dalloz du 7 janv. 2009
- LOUSSOUARN Y., « La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1971, p. 383
- LOUSSOUARN Y., « Nationalité de sociétés et communauté économique européenne », *RJ com.*, 1990, p. 145
- LUBY M., « La Societas Europaea (SE) : beaucoup de bruit pour rien (ou si peu ...) ! », *Droit des soc.*, février 2002, p. 4
- LUBY M., « Le droit communautaire des sociétés », *Petites affiches*, 2002, n° 200, p. 36.
- LUBY M., « Le droit communautaire des sociétés en 2002 : coup de houle à l'horizon ? ... », *Droit des sociétés*, mai 2003, p. 8
- LUBY M., note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, Bull. Joly, 2003, p. 452

LUBY M., note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, JCP éd. G, n° 1, 2004, II, 10002

LUBY M., « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *D.*, 2006, p. 451.

MAGNIER V., note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, JCP éd. E, n° 7, 12 mars 2004, p. 251.

MAGNIER V., « La société européenne en questions », *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 568.

MAGNIER V., « Mobilité des sociétés et liberté d'établissement : le point de vue communautaire », in *La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n° 2, p. 28.

MAGNIER V., « Les droits des sociétés dans l'Union européenne : entre concurrence et équivalence », in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, PUF, 2007, p.67.

Malherbe J., « Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses prêteurs, in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, PUF, 2007, p.95

MARINI Ph., « L'attractivité de la société européenne à la française », in *Société européenne, Journal des sociétés*, n° 28, janvier 2006, p. 34

MASTRULLO Th., « La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets », *Europe*, n° 8, août 2009, étude 8

MAYER P., « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547

MELIN F., « Déplacement de siège social dans la Communauté européenne », JCP éd. E., n° 8, 2009, 1208

MENJUCQ M., « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *D.*, 1999, p. 550.

MENJUCQ M., « La société européenne », *Rev. soc.*, 2001, p. 210

MENJUCQ M., « La société européenne : enfin l'aboutissement ! », *D.*, 2001, p.1085

MENJUCQ M., « La société européenne », *Rev. soc.*, 2002, p. 225.

MENJUCQ M., « Régime juridique et fiscal du transfert de siège de la société européenne », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 211.

MENJUCQ M., note sous CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, « Liberté

d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *JCP, éd. E*, 2003, p. 448

MENJUCQ M., note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *Bull Joly soc.*, 2003, n°12, p. 1296

MENJUCQ M., « Rattachement de la société européenne et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? », *D.*, 2003, p. 2874

MENJUCQ M., « La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et en droit communautaire », in *Droit et actualité, Mélanges en l'honneur de J. Béguin*, Litec, 2005, p. 499.

MENJUCQ M., « Les atouts et les faiblesses de la société européenne « à la française », *Rev. Lamy droit des aff.*, octobre 2005, p. 5

MENJUCQ M., « Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *Rev. Lamy droit des aff.*, n° 5, mai 2006, p. 10

MENJUCQ M., « Un modèle de mobilité : la société européenne », in *La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n° 2, p. 35

MENJUCQ M., « Le droit applicable à la SE : articulation des textes communautaires et des règles françaises », in *Société européenne, Journal des sociétés*, n° 28, janvier 2006, p. 27

MENJUCQ M., « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France », *Rev. soc.*, 2007, p. 253

MENJUCQ M., « L'Europe et le droit de l'entreprise », *JCP éd. E*, n° 14, 5 avril 2007, 1464

MENJUCQ M., « Adaptation du droit des sociétés au droit communautaire. A propos de la loi du 3 juillet 2008 », *JCP éd. N*, n° 30, 25 juillet 2008, act. 576

MENJUCQ M., « Droit communautaire et droits nationaux des sociétés : des relations ambiguës », *Bull. Joly soc.*, 1^{er} octobre 2008, n° 10, p. 803

MENJUCQ M., « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la communauté européenne », *JCP éd. G.*, n° 7, 2009, II, 10027

MENJUCQ M., (table animée et introduite par), « Les fusions transfrontalières », in *Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en europe : fusions transfrontalières, SE, SPE*, *Rev. lamy droit des aff.*, n° 37, avril 2009, p. 74.

MEYER F., La société européenne : aspects de droit du travail, in *La société européenne, colloque organisé le 7 février 2002 par le Centre du droit de l'entreprise de l'université Robert Schuman (Strasbourg III) avec la participation de la Quinzaine européenne, Petites affiches*, avril 2002, n° 76, p. 7

MOREAU M.-A., « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.*, 2001, p. 967.

- MOUSOULAS S., « La société européenne : Société de type communautaire ou société nationale ? », *Petites affiches*, n° 18, 1992, p. 16
- NAVARRO J.-L., « Suggestions, pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux », in « *Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir ?* », *Petites affiches*, 2007, n° 154 p. 39 s.
- NAVEZ E.-J. et DE CORDT Y., « Rapport général-Une tentative de synthèse des tendances actuelles du mouvement de simplification », in *La simplification du droit des sociétés privées dans les Etats membres de l'Union européenne*, sous la direction de E.-J. Navez et Y. de Cordt, Bruylant, 2015, p. 9
- NICAISE P., « La constitution de la société européenne », in *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 92
- OPPETIT B., note sous 1^{re} Ch. Civ. Cass., 17 octobre 1972, *Journal du droit international*, 1973, p. 716
- PAILLUSSEAU J., « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, 1997, p. 3
- PARLEANI G., note sous CJCE 9 mars 1999, *Rev. soc.*, 1999, p. 386
- PARLEANI G., « Le financement du capital. Réflexions sur l'utilité de la notion et son devenir », *rev. soc.*, p. 13
- PATAUT E., note sous, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Affaire C-167/01, *D.*, 2004, p. 491
- PIROVANO A., « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1999, Chron. p. 189
- POITRINAL F.-D., « Heurs et malheurs de la société européenne », *La revue banque*, n° 524, 1992, p. 181
- PORACCHIA D., CATHIARD C., SOUWEINE M.-P., SIBILLE J., ABRAHAM M., DUMARCHE D. et COLOMBANI J.-L., « La société européenne – Enjeux pour le droit français », in *La société européenne entre son passé et son avenir, Droit et patrimoine*, n° 125, avril 2004, p. 71
- E. RAINGEARD DE LA BLETIERE « Droit de l'Union européenne et sécurité fiscale : garant ou « trouble-fête » ? », *Droit fiscal* n° 18-19, 2 Mai 2013, 272, n° 5
- E. RAINGEARD DE LA BLETIERE, « Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2013 », *Droit fiscal* n° 10, 6 Mars 2014, 196, n° 2.
- ROJO A., « Les investisseurs, actionnaires et autres porteurs de titres », in *La société européenne. Organisation juridique et fiscale, intérêts, perspectives*, sous la direction de K. Hopt, M. Menjucq, et E. Wymeersch, (éd.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p.115

- REINHARD Y., « L'actif net des sociétés (les capitaux propres) », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 297
- RIZZO F., « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com*, 2000, p. 27
- ROTH Ch., « La « *societas europea* » un outil commun de l'Union économique et monétaire » », *Rev. Lamy droit des aff.*, n° 48, avril 2002, p. 22
- SAINT-ALARY HOUIN C., note sous CJCE, 12 novembre 1974, *Friedrich Haaga Gmhb*, aff. 32/74, *RTD com.*, 1975, p. 122
- SAINTOURENS B., « Société européenne : l'intervention obligatoire du notaire », *JCP éd. N.*, n° 41, 2005, p. 1413.
- SAVATIER R., note sous, T. confl., 23 nov. 1959, *D.*, 1960, II, p. 224
- SCHMIDT D., « De l'intérêt social », *JCP éd E*, 95, I, p. 488
- SCHMIDT D., « Les droits de minoritaires et les offres publiques », *D.*, 2007, p. 1887
- SIIRIAINEN F. et RACINE J.-B., « Droit économique et sécurité juridique. Propos introductifs », in *Sécurité juridique et droit économique, sous la direction de L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen*, Larcier, 2007
- SINAY R., « Le droit des groupes dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes », *Gaz. Pal.*, avril 1968, doct., p. 118
- STORCK J.-P., « Présentation de la société européenne : aspects de droit commercial », *Petites affiches*, avril 2002, n° 76, p. 3
- SYNVET H., « Enfin la société européenne ? », *RTDE*, 1990, p. 253
- SYNVET H., « La société européenne et les fusions transfrontalières, techniques de concentration des entreprises », in *L'entreprise dans le marché unique européen*, La documentation française, 1995, p. 293
- TISSANDIER H., « La mobilité internationale des sociétés : le point du vue du travailleur », in *La mobilité internationale des sociétés, Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars-avril 2006, p. 48
- TAORMINA G., « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc.*, 2002, p. 267.
- TRICOT D., « Abus de droits dans les sociétés – Abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.*, 1994, p. 617
- VALUET J.-P., « La SE : seul un instrument très souple pourrait être utile », *Droit et patrimoine*, 1997, p. 55

VAN DEN BULKE D., « L'aspect fiscal de la fusion », in *Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe, fusion transfrontalière, SE, SPE*, Rev. Lamy droit des aff., avril 2009, n° 37, p. 70

VAN OMMESLAGHE P., « La structure de la société européenne », *La société européenne, sous la coordination de J. Malherbe, Journée d'études du jeudi 2 décembre 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 108

VIANDIER A., note sous, CA Paris, 20 octobre 1980, *Rev. soc.*, 1980, p. 776

WYMMEERSCH E., « Quelques réflexions sur la societates europae (SE) », in *Liber amicorum Michel Coipel*, Kluwer, 2004, p. 811

III Etudes, rapports officiels, recommandations, compte-rendus...

GOLDMAN B., Communication sur la nationalité des sociétés dans la CEE, *Trav. comité français de DIP*, 1966-1969, p. 234.

GOLDMAN B., « Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes », *RTDE*, 1974, p. 468

LENOIR N., *La Societas Europaea ou SE : pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, La documentation française, mars 2007, p. 273

MARINI Ph., *Rapport au Premier ministre, la modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 13 septembre 1996, p. 14.

MENJUCQ M., Droit international des sociétés, Répertoire de droit des sociétés

SERLOOTEN P., Répertoire de droit des sociétés, *Impôts sur les sociétés*

« La société européenne », supplément au numéro 87 du 18 septembre 2003, *Liaisons sociales Europe*

« Pourquoi et pour qui créer une société européenne ? », supplément au numéro 1071 du 15 avril 2002, *Semaine sociale Lamy*

Conclusions de l'avocat général Damazo Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 4 décembre 2001, *Uberseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Affaire C-208/00, JCP éd. G 2003, II, 10032

Conclusions de l'avocat général La Pergola présentées le 16 juillet 1998, *Centros*, Affaire C-212/97, Rec. 1999, . I-01459, 1998/07/16

« Du transfert de siège social d'une société entre deux Etats membres de la CEE », CJCE, 27 septembre 1988, conclusions de l'avocat général M. M. Darmon présentées le 7 juin 1988, *RTDE*, 1990, p. 357

conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro présentées le 22 mai 2008, Affaire C-210/06, *Cartesio*

conclusions de l'avocat général Marco Darmon (Rec. p. 2376) dans l'arrêt *Segers* en date du 10 juillet 1986 (aff. C.79/85, Rec. 2382)

Conclusions de M. Tizzano, affaire C-411/03, I, 10810

Commission des Communautés européennes, études sur un projet des sociétés anonymes européennes par P. SANDERS, série *Concurrence*, 1967.

L'opinion des entreprises sur le projet de la société européenne (enquête), Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, série internationale 1975-3.

Mémoire de la Commission de la CEE « sur la création d'une société commerciale européenne » du 22 avril 1966, *RTDE*, 1966, p. 406.

<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/union-europeenne/ue-citoyennete/citoyennete-europeenne/qui-est-citoyen-europeen.html>

Dictionnaire juridique des Communautés européennes, PUF, 1993

H. CAPITANT, Vocabulaire juridique

IV Autres : ouvrages et articles non juridiques

BOISSEAU L., « Les entreprises séduites par le statut de société européenne », *Les Echos.fr*, 27 02 2014

BOULEAU C., « Société européenne, un statut avantageux qui fait beaucoup d'adeptes », *Challenges.fr*, 21 03 2014

DAVIGNON E. et ROGER B., « Vers la Société européenne », *Le Monde*, 17 février 2001, p. 15

MOTTE M., « La société européenne devient le dernier statut à la mode », *L'opinion*, 19 02 2014

« Airbus Group: devient une Société européenne (SE) », *Boursier.com*, 27 mai 2015.
3ds.com, 29 mai 2015

« La société européenne, un statut amené à se développer », *Les Echos/Bourse*, 4 juin 2015

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros se rapportent aux paragraphes

<i>A oy</i>	926
Accès à la SE	300 s.
Actionnaires minoritaires	367 s.
Antériorité (calcul)	327
Associé - pouvoir de convocation	798 s.
Augmentation des engagements (aggravation)	253
<i>Cadbury-Schweppes</i>	919
<i>Cartesio</i>	711
<i>Centros</i>	671
Certificat de conformité	442
Changement de loi applicable	95
Citoyenneté européenne	654
Comité de la SE	868, 872, 878
Concentration	5
Concurrence institutionnelle	39
Condition des étrangers	72
Conflit mobile	97
- Fusion transfrontalière	105
- Transfert	97
Continuité de la personne morale	159, 269
Contrôle de légalité	434
Conventions réglementées	788
Créanciers	
- Non obligataires	343, 357
- Obligataires	344 s., 356
- Porteur de certificat d'investissement	347, 355
<i>Daily mail</i>	702
Date de prise d'effet	
- de la fusion	450, 456
- du transfert	465
Déclaration spéciale de conformité	427

Entreprise (définition)	
<i>Exit tax</i>	898
Expert (rôle)	577 s.
- projet de constitution holding	580
- projet de constitution par fusion	581
- projet de constitution transformation	575
Fusion transfrontalière (conflit de lois)	112
Groupe spécial de négociation (GSN)	838
Harmonisation européenne	510
Hierarchie des normes	521
Holding (notion)	177
Information	621
Implication des salariés	
-information et consultation	832, 847, 849
-notion	832, 845
-Participation	854, 880
<i>Inspire Art</i>	686
<i>Joint venture</i>	187, 190
Liberté d'établissement	164, 399 s., 478, 678
Liberté statutaire	532
Motifs d'opposition	413
<i>National Grid Indus</i>	902
Nationalité (critères de désignation)	649
Neutralité fiscale	
- lors du transfert de siège social	894
- lors d'une fusion transfrontalière	915

Notaire (rôle)	433
Obligation de discrétion	842
Obligation de non divulgation	781
Ordre du jour	
- auteur de l'ordre du jour	802
- objet de l'ordre du jour	805
Périodicité	796
Plus value latente d'une société (imposition)	897, 902, 915
Principe « avant-après »	833, 856, 882
Principe de subsidiarité	519
Projet de fusion	244
Proposition de Règlement (anciens)	502 s., 507 s.
Publication du projet de constitution d'une SE	
-projet de constitution holding	587
-projet de constitution par fusion	589
- projet de transfert de siège social	592
- projet de constitution transformation	588
Radiation	468
Rattachement de la SE au Règlement	512
Rattachement de la société à un Etat (critères)	71
Reconnaissance mutuelle des sociétés	67, 69, 86
Règles de conflits	493
Restructuration (définition)	33
SE filiale (règles de constitution)	204 s., 530
SE par voie de fusion (règles de constitution)	239
SE unipersonnelle	640, 735
<i>Sevic</i>	134
SPE	304
Statut de la SE	733
Théorie de la personnalité morale	
- théorie de la fictivité de la personne morale	147
- théorie de la réalité de la personne morale	151
Théorie de l'incorporation	71, 156, 627
Théorie du siège réel	71, 157, 627
Transfert de siège social (définition)	146, 160, 263

<i>Uberseering</i>	78, 90
Unanimité	248
Unité du siège réel et statutaire de la SE	628, 720
 Vote	
-des organes d'administration d'une SE	762
-d'une SE par voie de transformation	609
-d'une SE par voie de fusion	109, 246, 606
-d'une SE <i>holding</i>	597
-du transfert de siège social d'une SE	103, 276, 612
-fusion transfrontalière	106, 111

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	5
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS.....	6
INTRODUCTION.....	8
PARTIE I : LA MISE EN PLACE D'UN OUTIL EUROPEEN DE RESTRUCTURATION DES ENTREPRISES CONCILIANT LE DROIT EUROPEEN ET LES DROITS NATIONAUX.....	23
TITRE I : UN OUTIL NOVATEUR AU SERVICE DE LA MOBILITE ET DE LA CONCENTRATION DES ENTREPRISES.....	26
CHAPITRE I : LES PROBLEMATIQUES CARACTERISITIKUES DE LA FUSION TRANSFRONTALIERE ET DU TRANSFERT DE SIEGE SOCIAL AVEC CHANGEMENT DE LOI APPLICABLE.....	28
Section 1 : Les problématiques communes à la fusion transfrontalière entre SA et au transfert de siège social d'une SA vers un autre Etat membre.....	29
§ 1 : La reconnaissance mutuelle des entités créés dans un autre Etat membre.....	29
A) L'absence de textes législatifs en matière de reconnaissance mutuelle des sociétés	29
B) La construction jurisprudentielle de la CJUE dans la reconnaissance mutuelle des sociétés rattachées à l'Union	35
§ 2 : Les difficultés liées au changement de loi applicable lors d'une fusion transfrontalière et d'un transfert de siège social dans un autre Etat membre.....	42
A) Le conflit mobile dans les opérations de transfert de siège social.....	42
B) Le conflit mobile dans les opérations de fusions transfrontalières.....	46
Section 2 : Les problématiques distinctes de la fusion transfrontalière entre SA et du transfert de siège social d'une SA dans un autre Etat membre	48
§ 1 : Les spécificités liées à la fusion transfrontalière.....	48
A) Les conflits de lois occasionnés lors d'une fusion transfrontalière.....	49
B) Reconnaissance des entités issues d'une fusion transfrontalière.....	54
§ 2 : Les spécificités liées au transfert de siège social.....	59
A) Le débat sur la survie de la personnalité morale de la société.....	60

B) La remise en cause de la survie de la personnalité juridique de la société lié au changement de loi applicable.....	63
Conclusion du Chapitre I	67
CHAPITRE II : LES INNOVATIONS APPORTEES PAR LE REGLEMENT SE	68
Section 1 : Le Règlement, vecteur de coopération transfrontalière et de concentration économique.....	69
§ 1 : Présentation de la SE <i>holding</i> et SE filiale.....	70
A) Le recours à la SE <i>holding</i>	71
B) Le recours à la SE filiale	74
§ 2 : La constitution d'une SE par voie de <i>holding</i> ou de filiale	78
A) Les dispositions communes à la constitution d'une SE <i>holding</i> et d'une SE filiale ..	78
B) Les dispositions relatives à la souscription des titres d'une SE filiale et SE <i>holding</i> ..	80
Section 2 : Le Règlement SE, vecteur de mobilité transfrontalière et de concentration juridique.....	83
§ 1 : L'éludation des obstacles à la réalisation d'une fusion transfrontalière.....	84
A) Le régime unifié des fusions transfrontalières prévu par le Règlement SE.....	85
B) La levée de l'unanimité dans la prise de décision d'une fusion transfrontalière ayant pour objectif la création d'une SE.....	90
§ 2 : L'éludation des obstacles à la réalisation d'un transfert de siège social.....	94
A) Conservation de la personnalité morale de la SE lors du transfert de son siège social.....	95
B) L'absence d'exigence de l'unanimité dans la prise de décision du transfert de siège social de la SE.....	98
Conclusion du Chapitre II.....	101
Conclusion du Titre I.....	102
TITRE II : LES LIMITES MISES EN PLACE PAR LE REGLEMENT SE	103
CHAPITRE I : LES CONDITIONS D'ACCES AUX MESURES DE RESTRUCTURATION PRESENTES DANS LE REGLEMENT SE.....	105
Section 1 : Les prérequis dont les promoteurs à la constitution d'une SE doivent être dotés	105
§ 1 : Les formes juridique pouvant constituer une SE.....	106
A) Les personnes pouvant constituer une SE autre qu'une SE filiale.....	106
B) Les personnes pouvant constituer une SE filiale	109
§ 2 : La dimension transnationale des partenaires à la création d'une SE	112
A) Lieu du siège social des entités créant une SE.....	113

B) La dimension européenne préexistante des entités constituant une SE	114
Section 2 : La sauvegarde des intérêts des actionnaires minoritaires et des créanciers	
116	
§ 1 : Le sort des créanciers des sociétés candidates à une des opérations mentionnées dans le Règlement.....	117
A) Les mesures applicables à la protection des créanciers lors d'une constitution de SE	
117	
1) La coexistence dans l'Union européenne, des différentes conceptions des droits des créanciers.....	118
2) La loi applicable aux droits des créanciers des sociétés participant à la constitution d'une SE.....	119
B) Les mesures applicables à la protection des créanciers lors d'un transfert de siège d'une SE.....	122
§ 2 : Le sort des actionnaires minoritaires	125
A) Différence de traitement existant entre les actionnaires minoritaires issus de la constitution d'une SE par voie de fusion, et ceux issus du transfert du siège social de la SE.....	125
B) L'absence de moyens pour pallier à l'absence de la mise en place d'une protection en faveur des actionnaires minoritaires.....	128
Conclusion du Chapitre I.....	131
CHAPITRE II : LES INTERVENTIONS DES AUTORITES PUBLIQUES ORCHESTREES PAR LE REGLEMENT SE.....	132
Section 1 : Les mesures d'intervention des autorités publiques en amont d'une opération de restructuration visée par le Règlement SE	133
§ 1 : Les contours flous de l'exercice du pouvoir d'opposition attribué aux autorités publiques.....	133
A) Le détenteur du pouvoir d'opposition.....	133
B) Les incertitudes liées aux motifs de l'opposition à un transfert de siège social d'une SE avec changement de loi applicable ou à une constitution d'une SE par voie de fusion.....	135
§ 2 : La transposition du raisonnement de la CJUE aux motifs d'opposition à un transfert de siège social d'une SE avec changement de loi applicable ou à une constitution d'une SE par voie de fusion.....	136
A) L'analyse du raisonnement de la CJUE face à une mesure d'entrave à la liberté d'établissement	136

B) Les motifs pouvant s'opposer à un transfert de siège social d'une SE avec changement de loi applicable ou à une constitution d'une SE par voie de fusion.....	139
Section 2 : Les mesures visant à sécuriser l'opération finalisée	141
§ 1 : Les mesures veillant à la régularité de l'opération finalisée	141
A) Le contrôle effectué lors du dépôt de déclaration spéciale de conformité	142
B) L'obtention du contrôle de légalité (fusion).....	144
C) L'octroi du certificat de conformité.....	146
§ 2 : La pérennité de la création d'une SE ou du transfert de son siège	148
A) La simultanéité de la date de prise d'effet de la fusion avec celle de la date d'immatriculation de la SE.....	148
B) La simultanéité de la date de prise d'effet du transfert avec l'immatriculation de la SE au registre de son nouveau siège social.....	151
Conclusion du chapitre II.....	154
Conclusion du titre II.....	155
Conclusion de Partie I.....	157
PARTIE II : LA CONCILIATION ENTRE UN RATTACHEMENT EUROPEEN DE LA SE ET UN FONCTIONNEMENT RENVOYE AU DROIT NATIONAL.....	160
TITRE I : LES RATTACHEMENTS ET RENVOIS DU REGLEMENT SE.....	162
CHAPITRE I : LE RATTACHEMENT DE LA SE A UN ORDRE JURIDIQUE EUROPEEN	163
Section 1 : L'articulation des dispositions européennes et nationales....	164
§ 1 : L'évolution du rattachement de la SE à un ordre juridique à travers les différents projets de Règlement	165
A) Un projet de Règlement originairement ambitieux.....	165
B) Vers un projet de Règlement réaliste	168
§ 2 : Le rattachement de la SE au Règlement adopté en 2001.....	171
A) La clé de répartition des dispositions européennes et nationales élaborée par le Règlement.....	171
B) L'exercice du renvoi vers le droit national opéré par le Règlement SE	176
Section 2 : L'illustration de l'articulation des dispositions européennes et françaises, à travers le processus de création d'une SE.....	180
§ 1 : La mise en œuvre du projet de constitution d'une SE ou du transfert de son siège social dans un autre Etat membre.....	181
A) L'initiative du projet de constitution d'une SE, et du transfert du siège social de la SE.....	182

B) Rapport élaboré par les experts	185
1) Nomination des experts.....	185
2) Contenu du rapport élaboré par les experts.....	188
§ 2 : La réception du projet de constitution d'une SE ou du transfert de son siège social dans un autre Etat membre	192
A) Publication du projet de constitution d'une SE ou de transfert du siège social de la SE	192
B) La soumission du projet de constitution d'une SE ou du transfert du siège social de la SE aux actionnaires.....	196
Conclusion du chapitre I.....	203
CHAPITRE II : LE RATTACHEMENT DE LA SE A UN ETAT MEMBRE	204
Section 1 : Les critères de rattachement de la SE à un Etat membre.....	204
§ 1 : La détermination du siège social de la SE.....	205
A) L'obligation d'unité du siège social de la SE.....	205
B) Les palliatifs à l'obligation d'unité du siège social de la SE.....	208
§ 2 : La détermination de la nationalité de la SE.....	210
A) Les critères de détermination de la nationalité de société.....	210
B) L'intérêt de la détermination de la nationalité de société.....	213
Section 2 : Le paradoxe du critère de rattachement étatique de la SE au regard de la jurisprudence de la CJUE	217
§ 1 : L'absence d'impact de l'Etat d'accueil sur une société rattachée à un autre Etat membre.....	218
A) L'obligation d'accueil du siège réel d'une société de droit national.....	218
B) La fin des conflits positifs nés de la dissociation des sièges réel et statutaire.....	224
§2 : La conservation de l'impact d'un Etat d'origine sur une société rattachée à son droit national.....	229
A) Le départ du siège social d'une société rattachée à un Etat membre connaissant le régime du siège statutaire.....	229
B) Le départ du siège social d'une société rattachée à un Etat connaissant le régime du siège réel.....	232
Conclusion du Chapitre II.....	236
Conclusion du Titre I	237
TITRE II : LES SPECIFICITES DE LA SE IMMATRICULEE EN FRANCE ...	239
CHAPITRE I : LE FONCTIONNEMENT DE LA SE RENVOYE AU DROIT FRANÇAIS	240

Section 1 : Le fonctionnement de l'administration de la SE immatriculée en France

243

§ 1 : L'administration et la direction de la SE.....	243
A) L'organisation des organes d'administration et de pouvoir de la SE.....	243
B) La mission dévolue aux organes sociaux.....	249
§ 2 : Les outils servant l'administration de la SE.....	252
A) L'accès à l'information	252
B) Les opérations soumises à autorisation	257

Section 2 : Les actionnaires d'une SE immatriculée en France

259

§ 1 : La mise en œuvre d'une assemblée générale d'une SE.....	259
A) La convocation de l'assemblée générale	259
B) L'objet de l'assemblée générale.....	262
§ 2 : L'organisation des relations entre actionnaires au sein d'une SE.....	264
A) Le rôle de l'assemblée générale d'une SE immatriculée en France.....	264
B) Les dispositions adoptées en faveur des actionnaires des SE ne faisant pas appel public à l'épargne.....	266

Conclusion du Chapitre I

269

CHAPITRE II : LES MESURES SOCIALES ET FISCALES ADOPTEES EN FRANCE EN VU DE RENDRE LE REGLEMENT SE EFFECTIF

270

Section 1 : L'implication des salariés au sein des SE immatriculée en France

271

§ 1 : Le principe : une négociation encadrée et un accord au contenu libre	273
A) La mise en œuvre de la procédure de négociation.....	274
B) L'aboutissement des négociations menées avec le groupe spécial des négociations	278
1) Le contenu principal devant être abordé dans l'accord (les éléments devant être abordés lors des négociations menées avec le groupe spécial des négociations).....	278
2) Les modalités de participation pouvant être prises dans l'accord (les éléments pouvant être abordés lors des négociations menées avec le groupe spécial des négociations)	280
§ 2 : Les alternatives à l'absence d'accord né des négociations menées avec le groupe spécial de négociation	282
A) L'organisation de l'information et de la consultation des salariés en l'absence d'accord né des négociations.....	283
B) Les conséquences de l'absence d'accord né des négociations sur la participation des salariés	289

Section 2 : Le traitement fiscal par le droit français de la fusion transfrontalière et du transfert de siège social

290

§1 : Les dispositions fiscales applicables au transfert du siège social d'une SE.....	291
A) Le traitement fiscal du transfert du siège social d'une société de la France.....	291
B) Le traitement fiscal du transfert de siège social d'une société vers la France.....	297
§ 2 : Les dispositions fiscales applicables à la constitution d'une SE par voie de fusion transfrontalière.....	299
A) Le report d'imposition sur les actifs transmis à la SE constituée par voie de fusion	299
B) La transmission des pertes à une société à l'occasion d'une fusion.....	304
Conclusion du Chapitre II	306
Conclusion du Titre II	308
Conclusion de Partie II	309
BIBLIOGRAPHIE	312
INDEX ALPHABETIQUE	328
TABLE DES MATIERES	332

Le Règlement SE est un outil européen au confluent des intérêts nationaux et du droit de l'Union européenne. Il est un instrument juridique novateur permettant aux entreprises d'envergure européenne d'élaborer des restructurations transfrontalières par voie de constitution d'une SE et du transfert du siège social de celle-ci ; tout en préservant les intérêts des créanciers, des salariés et des actionnaires minoritaires de ces entreprises. Pour y parvenir, le Règlement SE ne se suffit pas à lui-même : il est pluraliste. Il coordonne les règles applicables à la SE. En outre, il procède lui-même aux renvois vers les droits nationaux qui permettent de préserver les particularités nationales des Etats membres. Ainsi, la SE est rattachée d'une part à un ordre juridique européen et d'autre part à un ordre juridique étatique à titre subsidiaire.

Par ailleurs, le Règlement SE n'est pas uniquement bénéfique aux entreprises. En effet, il permet de favoriser l'adoption d'autres outils européens parmi lesquels la directive relative à la fusion transfrontalière entre sociétés de capitaux.

The SE regulation is an european tool in between national law and European Union law. It is an innovative legal tool allowing companies with European scale to elaborate cross-border reorganizations through the creation of a SE and the transfer of the head office of such company; while preserving benefits of creditors, of employees and shareholders of such companies. In order to achieve this goal, the SE regulation is not enough: it is pluralistic. It coordinates the rules applied to the SE. In addition, it proceeds itself to remand to national law that enables to preserve national specificities of each State Member. So, the SE is attached on one end to the European Union law and on the other end it is attached to the national law on a subsidiary basis.

Furthermore, the SE regulation is not only useful to companies. Indeed, it enables adoption of other european tools such as the directive related to cross-border merger between joint-stock companies.